

CONTROL DE LA SANIDAD PÚBLICA:
DEBERES DE AUTORIDADES Y
EMPLEADOS PÚBLICOS

TESIS DOCTORAL

Cristóbal Melgarejo Lomas

DEPARTAMENTO DE FARMACIA Y TECNOLOGÍA
FARMACÉUTICA

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Granada, 2008

SUMARIO

OBJETIVOS PROPUESTOS

23

TÍTULO I **SALUD PÚBLICA Y DERECHO**

CAPÍTULO I **TRASCENDENCIA Y DELIMITACIÓN DE LA SALUD** **PÚBLICA Y DEL CONTROL SANITARIO**

1.- Introducción.	31
2.- Presencia individual y colectiva del bien salud.	31
3.- Consideración constitucional del bien salud.	32
4.- Consideración de la actividad de control sobre el bien salud.	37
5.- Delimitación de la salud pública.	40

CAPÍTULO II **COMPETENCIA E INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD:** **¿COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD?**

1.- Introducción.	45
2.- Génesis del binomio competencia-Estado de Derecho: breve reseña histórica.	45
2.1.- Referencia histórica al inicio del Estado de Derecho.	45
2.2.- El estado de Derecho y el principio de legalidad.	47
3.- Articulación de la competencia en el Estado de Derecho y en el Ordenamiento jurídico español.	49
3.1.- Criterios generales: el principio de legalidad.	49
3.2.- Supuesto de trasgresión del principio de legalidad: Invalidez del acto.	55
4.- La competencia funcional en los empleados públicos: funciones sustanciales y funciones complementarias.	57

TÍTULO II **INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD**

Cuestión de previo pronunciamiento.	63
-------------------------------------	----

CAPÍTULO I
INTERVENCIÓN PÚBLICA DEL ESTADO EN LA SALUD:
¿COMPETENCIA EXCLUSIVA, COMPARTIDA
O CONCURRENTE?

1.- Introducción.	69
2.- Fuentes normativas.	69
3.- Competencias previstas en la Constitución.	70
3.1.- Competencias reservadas al Estado.	71
3.2.- Competencias derivadas de los artículos 43 y 51.	75
3.3.- Competencias derivadas del artículo 15.	77
4.- Atribución de competencia en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.	79
5.- Atribución de competencia en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.	88
6.- Atribución de competencia en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, sobre infracciones y sanciones.	92
7.- Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad General de los productos.	99

CAPÍTULO II
INTERVENCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE
ANDALUCÍA EN LA SALUD: ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA,
COMPARTIDA O CONCURRENTE?

1.- Introducción.	117
2.- Fuentes normativas.	117
3.- Competencias previstas en la Constitución.	118
4.- Competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía.	119
4.1.- Antecedentes.	120
4.2.- Vigente “norma institucional básica” o Estatuto de Autonomía Para Andalucía.	121
5.- Competencias atribuidas por la Ley General de Sanidad.	125
6.- Competencias atribuidas por la ley orgánica de “Medidas Especiales en Materia de Salud Pública”.	125
7.- Competencias atribuidas por la Ley de Salud de Andalucía.	126
7.1.- Introducción.	126
7.2.- Referencias normativas extra capítulo que regula la intervención pública en la salud.	127
7.3.- Regulación específica de la intervención pública en la salud.	129

8.- Competencias atribuidas por el Decreto 20/2005, de 25 de enero.	138
---	-----

CAPÍTULO III
INTERVENCIÓN PÚBLICA DE LOS MUNICIPIOS ANDALUCES
EN LA SALUD: ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA,
COMPARTIDA O CONCURRENTE?

1.- Introducción.	145
2.- Fuentes normativas.	145
3.- Competencia de los municipios: rasgos generales.	146
3.1.- La Constitución y el ámbito competencial municipal.	146
3.2.- Competencias municipales en el Estatuto de Autonomía.	149
3.3.- Competencias municipales en la Ley 7/1985, de 2 de abril.	151
4.- Competencias de los municipios andaluces en materia de salud pública.	155
4.1.- Competencias en la Constitución.	156
4.2.- Competencias en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.	157
4.3.- Competencias en la Ley 7/1985.	159
4.4.- Competencias en la Ley 14/1986.	161
4.5.- Competencias en la Ley orgánica 3/1986.	164
4.6.- Competencias en la Ley de Salud de Andalucía.	164
4.7.- Competencias en la Ley 13/2003, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.	171
4.8.- Competencias atribuidas vía Reglamentos.	172
4.9.- El llamado “régimen de excepción”.	178
4.9.1. Antecedentes y origen del régimen de excepción.	179
4.9.2.- Regulación del régimen de excepción.	182

CAPÍTULO IV
LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD Y LA
JURISPRUDENCIA: ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA,
COMPARTIDA O CONCURRENTE?

1.- Introducción.	187
2.- Recorrido legislativo a través de la doctrina del Tribunal Supremo.	187
2.1.- Dificultad para deslindar, desde su origen, la competencia de las Administraciones Públicas.	187
2.2.- Mantenimiento en la legislación posterior de la dificultad del deslinde de competencias.	189
2.3.- Idem, respecto del período preconstitucional y postconstitucional.	190
2.4.- Calificación de “competencias compartidas” atribuida por el	

Tribunal Supremo.	191
2.5.- Doctrina formulada en el marco de la legislación local.	192
3.- Perseverancia del Tribunal Supremo en el carácter compartido de la competencia.	193
4.- Referencia del Tribunal Constitucional a materias compartidas en el ámbito local.	195

TÍTULO III
DEBERES DE AUTORIDADES Y PERSONAL EN LA
INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD

Cuestión de previo pronunciamiento.	199
--	-----

CAPÍTULO I
EXCURSUS NECESARIO

I. INTRODUCCIÓN.	203
-------------------------	-----

II. VÍNCULO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: LA RELACIÓN DE SERVICIO.	204
1.- Introducción.	204
2.- El vínculo jurídico: la doble relación.	204
2.1.- Reflejo jurídico del vínculo.	205
2.2.- Reflejo endógeno y exógeno de la doble relación.	207
3.- La relación de servicio.	209
3.1.- Naturaleza de la relación de servicio.	209
3.2.- Límite de la <i>potestad variandi</i> de la Administración.	211

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL ESTATUTARIO.	213
1.- La Ley 7/2007 y el personal estatutario.	213
2.- Regulación prevista en la Ley 55/2003.	217
3.- Marco jurídico aplicable.	219
3.1.- Personal estatutario.	219
3.2.- Personal sanitario funcionario y personal sanitario laboral.	220

IV. EJERCICIO DE LAS CORRESPONDIENTES POTESTADES PÚBLICAS.	222
1.- Introducción.	222
2.- Planteamiento de la cuestión y contenido de la expresión "empleado público".	222
2.1.- Planteamiento.	222
2.2.- Contenido de la expresión.	223

3.- Inclusiones y exclusiones de personal.	225
3.1.- Principio del que se parte.	225
3.2.- Personal estatutario.	226
3.3.- Personal funcionario adscrito al Servicio Andaluz de Salud.	232
3.4.- Personal funcionario adscrito a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.	233
3.4.1.- Inspectores Farmacéuticos, Inspectores Médicos y Subinspectores Enfermeros.	234
3.4.2.- Funcionarios adscritos al Servicio de Salud Pública de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.	235
3.4.3.- Personal adscrito a la Dirección General de Salud Pública Participación y de la Consejería de Salud.	236
3.5.- Otros funcionarios adscritos a la Consejería de Salud.	237
3.6.- Inspectores de Consumo.	238
4.- Incidencia en el capítulo II de la limitación prevista en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007.	239
5.- Manifestaciones en el ordenamiento jurídico andaluz relacionadas con el ejercicio de la Función Pública.	239

V. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL: PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

1.- Introducción.	244
2.- Concepto y contenido de la expresión “funcionario público” en el Código penal: Separación entre Derecho administrativo y Derecho penal.	244
3.- Potestad jurisdiccional administrativa y penal.	246
4.- El principio de intervención mínima.	248

VI. LOS DEBERES DEL PERSONAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

1.- Introducción.	255
2.- Deberes directos e indirectos.	255
3.- Aplicación de los “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta” de la Ley 7/2007.	257
4.- Catálogo en la Ley 7/2007 de “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”.	260
4.1.- El artículo 52: Mandato sobre desempeño de tareas, cuidado de intereses generales y principios de actuación.	261
4.2.- El artículo 53: principios éticos.	262
4.3.- El artículo 54: principios de conducta.	263

VII. APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO.	265
1.- Relación entre deberes y régimen disciplinario.	265
2.- Regulación del régimen disciplinario en la Ley 7/2007.	265
2.1.- Personal funcionario y personal laboral.	266
2.2.- Personal estatutario.	268
3.- Ámbito de aplicación del régimen disciplinario de la Ley 7/2007.	268
3.1.- Funcionarios públicos.	268
3.2.- Personal laboral.	269
3.3.- Personal estatutario.	269
4.- Faltas y ámbito de su aplicación.	270

CAPÍTULO II
DEBERES DE AUTORIDADES Y
EMPLEADOS PÚBLICOS

I. DEBER DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.	275
1.- Introducción.	275
2.- Determinación del personal competente para adoptar medidas preventivas.	276
2.1.- Personal que realice funciones de inspección.	277
2.2.- Titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.	279
2.3.- Agentes debidamente cualificados y experimentados: Requisitos del Derecho comunitario y del Real Decreto 1397/1995.	280
2.3.1.- Intervención de profesionales de farmacia y veterinaria, según la doctrina del Tribunal Supremo.	284
2.4.- Personal estatutario.	286
2.5.- Personal funcionario adscrito al Servicio Andaluz de Salud.	287
2.6.- Personal funcionario adscrito a las Direcciones Provinciales de la Consejería de Salud.	290
2.6.1.- Inspectores Farmacéuticos, Inspectores Médicos y Subinspectores Enfermeros.	290
2.6.2.- Personal funcionario adscrito al Servicio de Salud Pública de la Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.	292
2.7.- Personal adscrito a la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud.	294
2.8.- Inspectores de Consumo.	299
2.9.- Otros funcionarios.	300
3.- Carácter y trascendencia de las actuaciones del personal funcionario habilitado.	301

4.- Regulación de las situaciones en las que procede la adopción de Medidas preventivas.	304
4.1.- Ordenamiento jurídico estatal.	305
4.1.1.- Referente constitucional.	305
4.1.2.- Marco jurídico legal.	306
4.1.2.1.- Ley General de Sanidad.	306
4.1.2.2.- Ley orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.	308
4.1.2.3.- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.	308
4.1.3.- Marco jurídico reglamentario.	310
4.2.- Ordenamiento jurídico andaluz.	312
4.2.1.- Referente estatutario.	312
4.2.2.- Marco jurídico legal.	312
4.2.2.1.- Ley de Salud de Andalucía.	312
4.2.2.2.- Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.	315
4.2.3.- Marco jurídico reglamentario.	323
5.- El principio de precaución en la adopción de medidas preventivas.	325
6.- La medida preventiva de destrucción de la mercancía.	331
7.- Crítica a la ausencia de claridad y técnica jurídica en el marco regulador de las medidas preventivas.	337
8.- <i>Excursus</i> , carga de los gastos producidos con ocasión de la adopción de medidas preventivas.	339
9.- La protección de la salud y los servicios esenciales en caso de huelga.	342
9.1.- El derecho de huelga y la implicación de otros derechos constitucionales.	342
9.2.- El derecho de huelga en relación con la salud, según la doctrina de los Tribunales de Justicia.	345
10.- Incumplimiento del deber.	347
10.1.- Ámbito disciplinario y ámbito sancionador general.	347
10.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	347
10.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	348
10.1.2.1.- Personal estatutario.	348
10.1.2.2.- Personal funcionario.	349
10.1.2.3.- Autoridades sanitarias.	351
10.2.- Ámbito penal.	351

II. DEBER DE PRESTAR COLABORACIÓN PROFESIONAL POR RAZONES DE URGENCIA O NECESIDAD.	352
1.- Introducción.	352
2.- Personal estatutario.	353
3.- Personal funcionario y personal laboral.	355
4.- Interrelaciones jurídicas.	356
5.- Excursus, limitación del derecho fundamental de libertad y seguridad.	358
5.1.- Derecho a la libertad y a la seguridad.	359
5.2.- Derecho a la protección de la salud.	361
5.3.- Diferencias y colisión de ambos derechos.	361
5.4.- Limitaciones al derecho de libertad y seguridad.	363
5.4.1.- Las limitaciones del derecho de libertad y seguridad en el Derecho interno.	364
5.4.2.- Las limitaciones del derecho de libertad y seguridad en el Derecho internacional.	367
5.5.- Situación jurídica actual.	370
6.- Incumplimiento del deber.	371
6.1.- Ámbito disciplinario.	372
6.1.1.- Personal estatutario.	372
6.1.2.- Personal funcionario y personal laboral.	372
6.2.- Ámbito penal.	374
 III. DEBER DE SECRETO PROFESIONAL.	 379
1.- Introducción.	379
2.- Disquisición lingüística y jurídica.	379
3.- Vinculaciones jurídicas del deber.	381
3.1.- El derecho a la intimidad.	383
3.1.1.- Según la doctrina del Tribunal Constitucional.	383
3.1.2.- Según la doctrina del Tribunal Supremo.	387
3.1.3.- El derecho y su efecto frente al Estado y entre particulares.	388
3.1.4.- Derecho a la intimidad-deber de secreto.	390
3.2.- El derecho de acceso a registros y archivos administrativos.	391
4.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	394
5.- Regulación específica relativa al personal.	395
5.1.- Personal estatutario.	395
5.2.- Personal funcionario.	397
5.3.- Personal laboral.	399
6.- Excursus, discrepancia entre el deber del personal y el derecho	

del paciente.	405
7.- Problemática de hecho con trascendencia jurídica, suscitada en los centros o instituciones sanitarias.	407
8.- Interrelaciones jurídicas.	408
8.1.- En la legislación de carácter sanitario.	408
8.2.- En la legislación sobre prevención de riesgos laborales.	411
8.3.- En la legislación de carácter informático.	412
9.- Incumplimiento del deber.	415
9.1.- Ámbito disciplinario.	415
9.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	416
9.1.2.- Regulación específica del personal.	417
9.1.2.1.- Personal estatutario.	417
9.1.2.2.- Personal funcionario.	419
9.1.2.3.- Personal laboral.	420
9.2.- Ámbito penal.	422
9.3.- Ámbito civil.	436
IV. DEBER DE INFORMACIÓN A USUARIOS Y PACIENTES.	439
1.- Introducción.	439
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	440
3.- Regulación específica relativa al personal.	440
3.1.- Personal estatutario.	440
3.2.- Personal funcionario y personal laboral.	450
3.3.- Personal estatutario, funcionario y laboral.	451
3.3.1.- Marco jurídico estatal común.	451
3.3.2.- Marco jurídico andaluz.	452
3.3.3.- Información por medios electrónicos.	454
4.- Interrelaciones jurídicas.	455
5.- Incumplimiento del deber.	459
5.1.- Ámbito disciplinario.	460
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	460
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	461
5.1.2.1.- Personal estatutario.	461
5.1.2.2.- Personal funcionario y personal laboral.	462
V. DEBER DE RESPETAR LAS DECISIONES QUE CONCIERNEN AL USUARIO.	464

1.- Introducción.	464
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	464
3.- Regulación específica relativa al personal.	465
3.1.- Personal estatutario.	465
3.2.- Personal estatutario, funcionario y laboral.	467
4.- Interrelaciones jurídicas.	469
4.1.- Referencias en la Ley 41/2002.	469
4.1.1.- En derechos de los pacientes.	469
4.1.2.- En consentimiento informado.	469
4.1.3.- En instrucciones previas.	470
4.2.- Referencias en la Ley 2/1998.	473
5.- Incumplimiento del deber.	474
5.1.- Ámbito disciplinario.	475
5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	476
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	476
5.1.2.1.- Personal estatutario.	476
5.1.2.2.- Personal funcionario.	476
5.1.2.3.- Personal laboral.	478
5.2.- Ámbito penal.	478
VI. DEBER DE NO DISCRIMINACIÓN DEL USUARIO.	479
1.- Introducción.	479
2.- El valor igualdad y la no discriminación.	479
2.1.- Doctrina del Tribunal Constitucional.	479
2.2.- Proyección del valor igualdad en la Constitución.	480
2.2.1.- Como principio de igualdad.	480
2.2.2.- La igualdad en su dimensión de equiparación.	481
3.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	481
4.- Regulación específica relativa al personal.	484
4.1.- Personal estatutario.	484
4.2.- Personal funcionario.	486
4.3.- Personal laboral.	487
5.- Interrelaciones normativas.	490
6.- Incumplimiento del deber.	493
6.1.- Ámbito disciplinario.	493
6.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	493
6.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	494

6.1.2.1.- Personal estatutario.	494
6.1.2.2.- Personal funcionario.	495
6.1.2.3 Personal laboral.	495
6.2.- Ámbito penal.	496
VII. DEBER DE RESPETAR EL RESTO DE LOS DERECHOS DEL USUARIO.	498
1.- Introducción.	498
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	500
3.- Regulación específica relativa al personal.	501
3.1.- Personal estatutario.	501
3.2.- Personal funcionario.	501
3.3.- Personal laboral.	502
4.- Interrelaciones jurídicas.	502
4.1.- Derechos generales que recoge la legislación estatal.	502
4.2.- Derechos recogidos en el ordenamiento jurídico andaluz.	505
4.2.1.- Derechos previstos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.	505
4.2.2.- Derechos establecidos en la Ley de Salud de Andalucía.	506
4.2.2.1.- Derechos generales.	507
4.2.2.2.- Derechos especiales de determinados grupos.	511
4.2.2.3.- Derechos que pueden ejercerse en centros sanitarios privados.	517
4.2.2.4.- Derecho al disfrute de un medio ambiente favorable a la salud.	517
4.2.2.5.- Obligaciones públicas en orden a los derechos.	518
5.- Incumplimiento del deber.	520
5.1.- Ámbito disciplinario.	521
5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	521
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	521
5.1.2.1.- Personal estatutario.	521
5.1.2.2.- Personal funcionario y personal laboral.	522
5.2.- Ámbito penal.	523
VIII. DEBER DE UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS MATERIALES EN BENEFICIO DEL PACIENTE CON CRITERIOS DE EFICIENCIA.	524
1.- Introducción.	524
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	525
3.- Regulación específica relativa al personal.	526

3.1.- Personal estatutario.	526
3.2.- Personal funcionario y laboral.	528
4.- Interrelaciones normativas.	528
5.- Incumplimiento del deber.	533
5.1.- Ámbito disciplinario.	534
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	534
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	534
5.1.2.1.- Personal estatutario.	534
5.1.2.2.- Personal funcionario.	536
5.1.2.3.- Personal laboral.	537
5.2.- Ámbito penal.	538

IX. DEBER DE EVITAR EL USO ILEGÍTIMO DE LOS RECURSOS MATERIALES EN BENEFICIO PROPIO O DE TERCEROS.

IX. DEBER DE EVITAR EL USO ILEGÍTIMO DE LOS RECURSOS MATERIALES EN BENEFICIO PROPIO O DE TERCEROS.	539
1.- Introducción.	539
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	539
3.- Regulación específica del personal.	540
3.1.- Personal estatutario.	540
3.2.- Personal funcionario.	543
3.3.- Personal laboral.	544
4.- Incumplimiento del deber.	544
4.1.- Ámbito disciplinario.	544
4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	545
4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	545
4.1.2.1.- Personal estatutario.	545
4.1.2.2.- Personal funcionario y laboral.	546
4.2.- Ámbito penal.	546

X. DEBER DE ACTUAR SIN EXCESO ARBITRARIO EN EL USO DE AUTORIDAD NI CON ABUSO DE LA MISMA.

X. DEBER DE ACTUAR SIN EXCESO ARBITRARIO EN EL USO DE AUTORIDAD NI CON ABUSO DE LA MISMA.	551
1.- Introducción.	551
2.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	552
3.- Regulación específica relativa al personal.	553
3.1.- Personal estatutario.	553
3.2.- Personal funcionario.	553
3.3.- Personal laboral.	553
4.- Interrelaciones jurídicas.	534

5.- Incumplimiento del deber.	556
5.1.- Ámbito disciplinario.	556
5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	556
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	557
5.1.2.1.- Personal estatutario.	557
5.1.2.2.- Personal funcionario.	559
5.1.2.3.- Personal laboral.	559
5.2.- Ámbito penal.	559
XI. DEBER DE NO EXIGIR NI ACEPTAR REGALO, BENEFICIO, COMPENSACIÓN O CONTRAPRESTACIÓN.	563
1.- Introducción.	563
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	563
3.- Regulación específica del personal.	565
3.1.- Personal estatutario.	565
3.2.- Personal funcionario y personal laboral.	567
4.- Incumplimiento del deber.	568
4.1.- Ámbito disciplinario.	568
4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	569
4.1.2.- Regulación específica del personal.	569
4.1.2.1.- Personal estatutario.	569
4.1.2.2.- Personal funcionario y laboral.	570
4.2.- Ámbito penal.	571
XII. DEBER DE IDENTIFICACIÓN.	579
1.- Introducción.	579
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	579
3.- Regulación específica del personal.	580
3.1.- Personal estatutario.	580
3.2.- Personal funcionario y laboral.	581
4.- Incumplimiento del deber.	585
4.1.- Ámbito disciplinario.	585
4.1.1.- Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	586
4.1.2.- Regulación específica del personal.	586
4.1.2.1.- Personal estatutario.	586
4.1.2.2.- Personal funcionario.	587
4.1.2.3.- Personal laboral.	588

4.2.-	Ámbito penal.	588
XIII. DEBER DE MANTENER ACTUALIZADOS LOS CONOCIMIENTOS Y APTITUDES.		589
1.-	Introducción.	589
2.-	Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	589
3.-	Regulación específica del personal.	590
3.1.-	Personal estatutario.	590
3.2.-	Personal funcionario.	596
3.3.-	Personal laboral.	597
4.-	Incumplimiento del deber.	607
4.1.-	Ámbito disciplinario.	607
4.1.1.-	Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	608
4.1.2.-	Regulación específica del personal.	609
4.1.2.1.-	Personal estatutario.	609
4.1.2.2.-	Personal funcionario.	610
4.1.2.3.-	Personal laboral.	610
4.2.-	Ámbito penal.	611
XIV. DEBER DE CUMPLIR LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.		612
1.-	Introducción.	612
2.-	Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	614
3.-	Regulación específica del personal.	614
3.1.-	Personal estatutario.	614
3.2.-	Personal funcionario.	615
3.3.-	Personal laboral.	616
3.4.-	Personal estatutario, funcionario y laboral.	617
3.4.1.-	Obligaciones de carácter diverso.	618
3.4.2.-	El examen de la salud del personal: su reconocimiento médico.	619
4.-	Interrelaciones jurídicas.	623
5.-	Incumplimiento del deber.	626
5.1.-	Ámbito disciplinario.	627
5.1.1.-	Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	627
5.1.2.-	Regulación específica del personal.	627
5.1.2.1.-	Personal estatutario.	627
5.1.2.2.-	Personal funcionario.	629
5.1.2.3.-	Personal laboral.	630

5.2.-	Ámbito penal.	631
XV.	DEBER DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN O PARTICIPACIÓN.	633
1.-	Introducción.	633
2.-	Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	635
3.-	Regulación específica del personal.	635
3.1.-	Personal estatutario.	635
3.2.-	Personal funcionario.	637
3.3.-	Personal laboral.	638
3.4.-	Personal estatutario, funcionario y laboral.	639
4.-	Incumplimiento del deber.	640
4.1.-	Ámbito disciplinario.	640
4.1.1.-	Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto7 Básico del Empleado Público.	640
4.1.2.-	Regulación específica del personal.	641
4.1.2.1.-	Personal estatutario.	641
4.1.2.2.-	Personal funcionario.	641
4.1.2.3.-	Personal laboral.	642
4.2.-	Ámbito penal.	643
XVI.	DEBER DE CUMPLIMENTACIÓN DOCUMENTAL.	644
1.-	Introducción.	644
2.-	Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	644
3.-	Regulación específica relativa al personal.	645
3.1.-	Personal estatutario.	645
3.2.-	Personal funcionario y personal laboral.	647
4.-	Incumplimiento del deber.	648
4.1.-	Ámbito disciplinario.	648
4.1.1.-	Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	648
4.1.2.-	Regulación específica relativa al personal.	649
4.1.2.1.-	Personal estatutario.	649
4.1.2.2.-	Personal funcionario.	650
4.1.2.3.-	Personal laboral.	651
4.2.-	Ámbito penal.	652
XVII.	DEBER DE CUMPLIR EL RÉGIMEN SOBRE INCOMPATIBILIDADES.	653
1.-	Introducción.	653
2.-	Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Estatutario.	653

3.- Regulación específica relativa al personal.	654
3.1.- Personal estatutario.	654
3.2.- Personal funcionario.	656
3.3.- Personal laboral.	656
4.- Interrelaciones jurídicas.	657
5.- Incumplimiento del deber.	659
5.1.- Ámbito disciplinario.	659
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Estatutario.	659
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	659
5.1.2.1.- Personal estatutario.	659
5.1.2.2.- Personal funcionario.	660
5.1.2.3.- Personal laboral.	661
5.2.- Ámbito penal.	662

XVIII. DEBER DE RESPETAR LA CONSTITUCIÓN, EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 664

1.- Introducción.	664
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	665
3.- Regulación específica relativa al personal.	666
3.1.- Personal estatutario.	666
3.2.- Personal funcionario y personal laboral.	666
4.- Interrelaciones jurídicas.	668
5.- Incumplimiento del deber.	669
5.1.- Ámbito disciplinario.	670
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Empleado Público.	670
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	671
5.1.2.1.- Personal estatutario.	671
5.1.2.2.- Personal funcionario.	672
5.1.2.3.- Personal laboral.	672
5.2.- Ámbito penal.	673

XIX. DEBER DE OBEDIENCIA. 675

1.- Introducción: El principio de jerarquía.	675
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	680
3.- Regulación específica relativa al personal.	681
3.1.- Personal estatutario.	681

3.2.- Personal funcionario: <i>Excursus</i> , concepto de autoridad.	682
3.3.- Personal laboral.	682
4.- Incumplimiento del deber.	685
4.1.- Ámbito disciplinario.	685
4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	685
4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	686
4.1.2.1.- Personal estatutario.	686
4.1.2.2.- Personal funcionario.	687
4.1.2.3.- Personal laboral.	688
4.2.- Ámbito penal.	689
5.- La facultad de impartir órdenes y el deber de obedecer, según la jurisprudencia.	690
5.1.- Requisitos requeridos por la jurisprudencia.	691
5.2.- Sentencias que recogen los requisitos.	691
XX. DEBER DE RESPETO.	697
1.- Introducción.	697
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	698
3.- Regulación específica relativa al personal.	699
3.1.- Personal estatutario.	699
3.2.- Personal funcionario.	700
3.3.- Personal laboral.	702
3.4.- Personal estatutario, funcionario y laboral.	702
4.- Interrelaciones jurídicas.	703
4.1.- En el ámbito del Derecho objetivo y la doctrina de los Tribunales.	703
4.2.- Libertad de expresión-deber de respeto.	704
5.- Incumplimiento del deber.	711
5.1.- Ámbito disciplinario.	712
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Empleado Público.	712
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	712
5.1.2.1.- Personal estatutario.	712
5.1.2.2.- Personal funcionario.	713
5.1.2.3.- Personal laboral.	714
5.2.- Ámbito penal.	616
XXI. DEBER DE EJERCER LAS FUNCIONES PROPIAS CON LEALTAD, EFICACIA Y OBSERVANDO LOS PRINCIPIOS APLICABLES.	722

1.- Introducción.	722
2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	722
3.- Regulación específica relativa al personal.	725
3.1.- Personal estatutario.	725
3.2.- Personal funcionario.	726
3.3.- Personal laboral.	726
4.- Interrelaciones jurídicas.	727
5.- Incumplimiento del deber.	734
5.1.- Ámbito disciplinario.	734
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Empleado Público.	734
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	735
5.1.2.1.- Personal estatutario.	735
5.1.2.2.- Personal funcionario.	736
5.1.2.3.- Personal laboral.	737
5.2.- Ámbito penal.	738

XXII. DEBER DE ATENDER LOS SERVICIOS ESENCIALES EN CASO DE HUELGA.

1.- Introducción.	739
2.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.	739
3.- Regulación específica relativa al personal.	740
3.1.- Personal estatutario.	740
3.2.- Personal funcionario y personal laboral.	740
4.- Interrelaciones jurídicas.	741
5.- Incumplimiento del deber.	743
5.1.- Ámbito disciplinario.	743
5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Personal Empleado Público.	744
5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.	744
5.1.2.1.- Personal estatutario.	744
5.1.2.2.- Personal funcionario.	745
5.1.2.3.- Personal laboral.	746
5.2.- Ámbito penal.	746

CONCLUSIONES. 749

FUENTES JURÍDICAS. 761

**CONTROL DE LA SANIDAD
PÚBLICA:
DEBERES DE AUTORIDADES Y
EMPLEADOS PÚBLICOS**

OBJETIVOS PROPUESTOS

Si se acomete el presente apartado en términos generales, habría que decir que el objetivo de la presente tesis no es otro que tratar de plantearse cuanto pudiera afectar, excluida la prestación de asistencia sanitaria, a la protección y tutela de la salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía o, dicho de otro modo, qué regulación y desarrollo normativo se ha llevado a cabo para hacer efectivo, por una parte, el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud mediante procedimientos eficaces (art. 43.1, en relación con el 17, y art. 51.1 de la Constitución), así como para el cumplimiento de la obligación impuesta, a los poderes públicos, de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas (art. 43.2 de dicho texto), y, por otra parte, el régimen jurídico de los recursos humanos puestos a disposición del cumplimiento de la referida obligación constitucional.

Ahora bien, la pretensión es la de describir unos objetivos menos generales y más concretos, que responderían al fundamento razonado que, previo planteamiento, se desarrollaría en los capítulos sucesivos.

Nos dirigimos a intentarlo, no sin antes expresar que, dentro del sector sanitario -extenso sector- nuestro quehacer queda dirigido a la "intervención pública en relación con la salud individual y colectiva" (en palabras de la Ley General de Sanidad) o "intervención pública en materia de salud" (en expresión de la Ley de Salud de Andalucía).

Objetivos concretos

Atendiendo a lo indicado, los objetivos concretos responderían al examen de la siguiente temática:

1.- La consideración social y constitucional del bien salud, así como la valoración de la actividad de control de dicho bien en el ámbito jurisdiccional (exclusión hecha de la actividad asistencial, como ya se ha dicho), en tanto que bien jurídico protegido.

2.- La atribución de la competencia sobre control sanitario a los órganos administrativos, la problemática que, en su caso, se plantea, así como la articulación de la referida competencia en el ordenamiento jurídico español.

3.- Enlazado con el anterior objetivo, y en cuanto la competencia no es algo aislado e independiente, sino que su ejercicio siempre va ligado a unos determinados sujetos, se tratará de las Administraciones Públicas, de sus órganos y de los empleados públicos que tienen el deber de ejercer la referida competencia en materia de control sanitario.

Administraciones Públicas que se circunscriben a aquellas que tienen atribuidas competencias de carácter sanitario en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como es la Administración General del Estado, la propia Administración de la Junta de Andalucía y la Administración Local en su ámbito municipal.

4.- Respecto de la indicada Administración Local se examinará, así mismo, la vigencia o no del régimen que, desde la década de los años cincuenta del siglo inmediato

anterior, viene conociéndose como "régimen de excepción", otorgando éste la posibilidad, a determinados municipios, de asumir no sólo competencias sobre salud pública, sino su propia organización.

5.- Precisamente, porque el ejercicio de la actividad de control sanitario no puede quedar sólo en una facultad reconocida y atribuida, sino que, a su vez, le es inherente una serie de limitaciones en su ejercicio (cuyo origen parte de los derechos de los ciudadanos y, en general, del ordenamiento jurídico, como impone el Estado de Derecho); se tratará, pues, sobre el alcance de dichas limitaciones, representadas en los deberes que el Derecho contempla e impone a autoridades y al resto de empleados públicos competentes (siempre, en el ejercicio de la actividad de control sanitario).

6.- Finalmente, de igual forma que el Derecho contempla la validez de la actuación de los órganos administrativos y, a su vez, se establece la posible invalidez de la misma y las responsabilidades en las que se puede incurrir; será planteada, en el ámbito o sector que nos ocupa, la hipótesis del incumplimiento de los citados deberes y las consecuencias jurídicas que su trasgresión puede conllevar (responsabilidades en las que pueden incurrir autoridades y resto de empleados públicos).

TÍTULO I

SALUD PÚBLICA Y DERECHO

CAPÍTULO I
DEL
TÍTULO I

TRASCENDENCIA Y DELIMITACIÓN DE LA SALUD
PÚBLICA Y DEL CONTROL SANITARIO

1.- Introducción.

En el presente capítulo se trata de poner en valor el bien salud -desde una perspectiva individual y colectiva- y, en general, lo que representa, así mismo, la actividad de su control; planos sobre los que se va a desarrollar la tesis que nos ocupa.

2.- Presencia individual y colectiva del bien salud.

Podría afirmarse que pocas cosas importan tanto al ser humano como su propia salud y la salud de aquellas personas que considera parte de si mismo. Es notorio y de primer orden el deseo y sentimiento universal del ser humano de considerar la salud sobre cualquier otro bien; manifestación colectiva mantenida a través de los tiempos.

De ahí, que se tenga una especial sensibilidad hacia todo aquello que, de alguna manera, se relacione con la salud, esto es, ese aspecto del *ego* tan fundamental para la propia existencia y para que ésta se desarrolle con altos niveles de calidad.

Si en el plano personal la salud se percibe por la persona como ha sido reflejado, en el plano colectivo la salud pública se convierte no ya en una cuestión social sino, a su vez, individual. Y se afirma ello, aun cuando, *prima facie*, pudiera parecer contradictorio, por cuanto en la materia que nos ocupa lo individual puede afectar al colectivo y, viceversa, lo colectivo no sólo afecta a lo

individual, sino que puede ser una suma de lo individual, aún cuando no siempre sea así.

De todas formas se entiende que no existe incompatibilidad alguna manifestarse de tal forma y, a su vez, mantener la idea -cierta, por otra parte- de que la salud pública va a depender de las condiciones en las que se desarrolle la vida de los individuos.

En relación con la ya consignada expresión "salud pública" y la idea manifestada al respecto, se trae a colación la referencia que hace el Tribunal Supremo a la idea expuesta en el anterior párrafo, en su sentencia número 1210/2001, de 11 de junio¹, con motivo de la tutela penal de la indicada expresión:

"El artículo 364.2º no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de las saludes individuales» sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores de productos alimentarios de origen animal".

3.- Consideración constitucional del bien salud.

La trascendencia e importancia que se proclama, se pone de manifiesto también en el mundo jurídico, incluyendo su ámbito constitucional. Así, la exposición de motivos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del

¹ Cuarto fundamento de Derecho. Referencia RJ 2001\6439, correspondiente a la base de datos de Editorial Aranzadi (en adelante, sólo Aranzadi).

Personal Estatutario de los Servicios de Salud², hace alusión "...al elevado valor social y político que en un Estado constitucionalmente tipificado como social y democrático de derecho tiene el bien salud..."³.

No obstante, no es fácil sustraerse de expresar, aún con carácter *obiter dicta*, que nuestro texto constitucional no quedaría exento de crítica al no haber agrupado el derecho reconocido en su artículo 43.1 con aquellos otros derechos que se encuentran especialmente protegidos. No debilita esta crítica el hecho de que el Tribunal Constitucional haya interpretado que "...el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal..." (sent.nº.35/1996, de 11 de marzo⁴); derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución, encuadrado en el grupo de los referidos derechos especialmente protegidos.

No obstante el reproche enunciado, hemos de tener presente que la realidad jurídica pasa por la doctrina que emana del Tribunal Constitucional⁵. Doctrina que ha dado (y esto hay que reconocerlo) configuración y consistencia jurídica a cuanto, en dicho texto, se refiere o se relaciona con la salud individual y colectiva.

En ese orden de cuestiones, no podemos, por más, que dejar hablar al referido "*intérprete supremo de la*

² Referencia RCL 2003/2934, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³ Apartado II, párrafo séptimo.

⁴ Referencia RTC 1996\35, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 1\1981, de 26 de enero (referencia RTC 1981\1, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), viene a señalar que "*El Tribunal Constitucional actúa como un intérprete supremo de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos*".

Constitución⁶". En este sentido, hay que señalar que el citado Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en su sentencia de 28 de abril de 1983⁷, resolución en la que exponía lo siguiente:

"La Constitución, en sus artículos 43 y 51 (...), reconoce el derecho a la protección de la salud⁸ (art. 43.1), declara que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública» (art.43.2), dispone que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la salud de los mismos» (art. 51.1) y establece que la «Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales» (art. 51.3). El perfil que se dibuja con todos estos preceptos debe ser completado con otros dos, el 149.1.1, que declara que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», y el 139.2, que dispone que ninguna autoridad podrá adoptar medidas contrarias a la libre circulación de bienes en todo el territorio español".

Prosigue, sin solución de continuidad, el Tribunal Constitucional, indicando que

⁶ Expresión tomada del artículo 1.1 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁷ Referencia RTC 1983\32, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

⁸ Desde ya es conveniente reseñar que *iuset obligatio sunt correlato*, es decir, el derecho y la obligación son correlativos o, dicho de otro modo, a todo derecho corresponde una obligación.

"De la interpretación sistemática⁹ de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional¹⁰, puesto que los derechos en que tal sentido reconoce la Constitución en los artículos 43 y 51 o, complementariamente, en otros, como el 45.1, que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos; en igual sentido hay que interpretar las disposiciones constitucionales, no en balde situadas en este mismo contexto, relativas a la regulación por Ley del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales, pues dada la unidad del mercado, la libre circulación de bienes y la indudable incidencia que en la salud de los ciudadanos pueden tener determinados productos, es obvio que todo ello debe quedar integrado en un mismo sistema normativo¹¹".

Nos encontramos, pues, ante un bien que no es sólo considerado trascendente por los ciudadanos, sino que se encuentra recogido al más alto nivel normativo y es motor de arranque de lo que ha llamado el Tribunal Constitucional "sistema normativo de la sanidad nacional", atribuyéndole cuanta fuerza jurídica permite su ubicación y la hermenéutica del texto constitucional realizada por dicho Tribunal.

⁹ Tradicionalmente se ha llamado "interpretación sistemática" a lo que el artículo 3.1 del título preliminar del Código civil denomina "contexto" ("Las normas se interpretarán..., en relación con el contexto,...").

¹⁰ No subrayado en original.

¹¹ Segundo fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Siendo lo anteriormente importante no deja de ser una parte del "todo", si bien fundamental. Pero he aquí que no queda la cuestión sólo en ello porque el Tribunal Constitucional así lo ha interpretado a través de su doctrina. Como ejemplo de la anterior manifestación podemos traer a colación aquello que nos dice, en el párrafo segundo, inciso segundo, del fundamento jurídico 3 de su sentencia número 62/2007, de 27 de marzo¹², en relación con el contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral (contemplado en el artículo 15, inciso primero, de la Constitución) y el derecho a la salud pública. A saber:

"En relación con tal derecho, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (sentencias números 120/1990, de 27 de junio¹³ y 119/2001, de 24 de mayo¹⁴. Estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (sentencia 207/1996, de 16 de diciembre¹⁵), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que

¹² Referencia RTC 2007\62 correspondiente a la base de datos de editorial Aranzadi.

¹³ Fundamento jurídico 8. Referencia RTC 1990\120, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁴ Fundamento jurídico 5. Referencia RTC 2001\119, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁵ Fundamento jurídico 2. Referencia RTC 1996\207, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (sentencia 119/2001, de 24 de mayo¹⁶). Por otra parte, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (sentencia 35/1996, de 11 de marzo¹⁷), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (sentencias números 5/2002, de 14 de enero¹⁸, y 119/2001, de 24 de mayo¹⁹).

4.- Consideración de la actividad de control sobre el bien salud.

A lo ya expuesto en el anterior apartado es necesario añadir algo más, por cuanto el texto constitucional:

a) No reconoce, simplemente, un derecho a la salud, sino “el derecho a la protección²⁰ de la salud” (art. 43.1), “mediante procedimientos eficaces” (art. 51.1).

¹⁶ Fundamento jurídico 5. Referencia RTC 2001\119, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁷ Fundamento jurídico 3. Referencia RTC 1996\35, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁸ Fundamento jurídico 4. Referencia RTC 2002\5, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁹ Fundamento jurídico 6. Referencia RTC 2001\119, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁰ La primera acepción del infinitivo “proteger” del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española responde a la definición de “amparar, favorecer, defender”. La segunda acepción responde a “resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro...”.

Por su parte, la definición de “prevenir” es “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” y “anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción acepción” (primera y sexta acepción).

b) No impone el simple deber de tutelar la salud pública, sino de tutelar²¹ ésta "a través de medidas preventivas" (en lo que nos afecta) (art. 43.2).

Precisamente por ello -por lo que reconocen e imponen los reseñados preceptos- podemos presumir que el Tribunal Supremo se refiere -como lo hace- a la actividad que puede conducir a hacer efectivo aquel derecho reconocido y a cumplir con aquel deber impuesto a los poderes públicos. Referencia de la actividad que realiza en su sentencia, de 9 de febrero de 1991²², se manifiesta sobre la aludida actividad de control²³. A saber:

"El control sanitario humano es uno de los servicios públicos más intensamente exigido por la sociedad que requiere una constante vigilancia y comprobación dirigida a evitar las graves consecuencias que puedan producirse, por distintas causas, en la salud de los ciudadanos, siendo el correcto y cuidadoso funcionamiento de dicho servicio un derecho de los ciudadanos que viene consagrado al más alto nivel normativo en el artículo 43 de la Constitución Española, y que conlleva la correlativa obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas

²¹ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el infinitivo tutelar significa "que guía, ampara o defiende".

²²Fundamento de Derecho cuarto. Referencia RJ 1991\1176, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²³ Vocablo "control" definido como "*comprobación, inspección, fiscalización o intervención*". Ejemplo de la contemplación en el derecho objetivo de este tipo de actividad de control es el Real Decreto 50/1993, de 15 de enero, cuyo objeto es establecer los principios generales para la realización del control oficial de los productos alimenticios (art. 1); define dicho control como aquel que, efectuado por las Administraciones competentes, tiene por finalidad la comprobación, entre otras, de la conformidad de los indicados productos con las disposiciones dirigidas a prevenir los riesgos para la salud pública (art. 2). En su artículo 6 nos dice que el "*control consistirá en una o varias de las operaciones siguientes: 1. Inspección. 2. Toma de muestras y análisis. 3. Control de la higiene del personal. 4. Examen del material escrito y documental. 5. Examen de los sistemas de verificación aplicados eventualmente por las empresas y de los resultados que se desprenden de los mismos*".

pertinentes que resulten necesarias para proteger la salud pública; en consecuencia es un hecho innegable en base a esa declaración constitucional, que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas...".

No es la única sentencia del Tribunal Supremo que nos habla de la actividad de control. En tiempo anterior a la resolución aludida en el párrafo inmediato precedente, la también sentencia del reiterado Tribunal Supremo, de fecha 18 de diciembre de 1985²⁴, se refería a otro aspecto de importante incidencia en la salud pública. Así decía:

"El control sanitario de la alimentación humana es uno de los servicios públicos más intensamente exigidos por la sociedad, que requiere una constante vigilancia y comprobación dirigidas a evitar las graves consecuencias que los alimentos adulterados pueden ocasionar en la salud de los consumidores, algunas veces de proporciones que alcanzan a grandes sectores de la población, como lamentablemente ha ocurrido en supuestos recientes bien conocidos de la opinión pública, siendo el correcto y cuidadoso funcionamiento de dicho servicio un derecho de los ciudadanos que viene consagrado al más alto nivel normativo en el artículo 43 de la Constitución, que conlleva la correlativa obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para proteger la salud pública".

La referida actividad de control es el medio o instrumento a través del cual puede hacerse efectivo el

²⁴ Segundo fundamento de Derecho. Referencia RJ 1985\6403, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

derecho atribuido a los ciudadanos y el cumplimiento de la obligación impuesta a los poderes públicos (art. 43.1 y 2 y art. 51.1 de la Constitución).

Un derecho que corresponde satisfacer a "*los poderes públicos*", esto es, "*...tanto a la Administración Estatal-Autonómica, como a la Municipal, mas sin una concreción diferenciadora de las materias competenciales conferidas a una y otra administraciones,...*" (Tribunal Supremo, sent. citada de 9 de febrero de 1991, que, a su vez, cita la sent. de 15 de marzo de 1982²⁵).

5.- Delimitación de la salud pública.

Si bien, se va a tratar sin extendernos en la exposición, era conveniente y necesario abordar la delimitación de lo sanitario (en nuestro caso, excluida la parte asistencial) de otros ámbitos sectoriales menos específicos.

En tal sentido, conviene referirnos a la "autonomía de la salud" con la finalidad de situarnos intelectual y jurídicamente antes de entrar en el desarrollo de la materia. Y para ello nunca mejor que recabar la ayuda de la doctrina impartida por los órganos competentes en "decir el Derecho". Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de enero de 2003²⁶, que refiere otra -trascribiéndola- del Tribunal Constitucional se refiere a la "*defensa de los consumidores y usuarios*" (segundo fundamento de Derecho) para decir que es un

²⁵ Referencia RJ 1982\2121, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁶ Referencia JUR 2003\41038, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

"...concepto este de gran amplitud y de contornos imprecisos -sentencia del Tribunal Constitucional número 71/1982, de 30 noviembre- dado su contenido pluridisciplinar: «la defensa del consumidor y del usurario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos (...)» -sentencia del Tribunal Constitucional número 15/1989, de 26 enero".

CAPÍTULO II
DEL
TÍTULO I

COMPETENCIA E INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD: ¿COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD?

1.- Introducción.

La atribución de competencia sobre una materia representa, como después comprobaremos, la *condicio sine qua non* para que puedan actuar las Administraciones Públicas, sus órganos administrativos o -en terminología utilizada por el texto constitucional- los poderes públicos. Es un requisito que, si no concurre, vicia la actuación de que se trate del grado máximo de invalidez.

En la presente tesis se trata, esencialmente, de investigar sobre la actividad de control sanitario encomendada a órganos y empleados públicos (en otras palabras, competencia atribuida sobre tal actividad). De ahí, la importancia de conocer, por una parte, la articulación del ejercicio de la competencia que lleva a cabo el Derecho, esto es, el ordenamiento jurídico y la doctrina de los Tribunales de Justicia; y, por otra parte, la aplicación o no de ello a la temática o cuestiones planteadas en los objetivos de esta tesis (reseñados en el apartado correspondiente).

2.- Génesis del binomio Estado de Derecho-competencia: breve reseña histórica.

2.1.- Referencia histórica al inicio del Estado de Derecho.

Hemos de recordar que el Estado inicia su configuración a finales del siglo XV, época en la que, así

mismo, da comienzo la Edad Moderna, cuya forma política de Estado fue la monarquía absoluta, esto es, un régimen en el que, resumidamente dicho, el monarca concentraba todos los poderes, todo el poder del Estado, ejerciéndolo de forma no reglada²⁷.

No es aventurado ni gratuito expresar que, desde el punto de vista histórico-jurídico, Europa -continental- tuvo que esperar hasta el siglo dieciocho para empezar a vislumbrar que eran arrinconados postulados como la arbitrariedad, la inseguridad jurídica, los privilegios de una minoría, la desigualdad ante la Ley, etc., en favor de la aplicación de la ley a todos los sujetos por igual, ya fuesen públicos o privados.

El cambio tuvo su origen en una clase social burguesa surgida de la revolución industrial producida en el indicado siglo²⁸. Clase social que tomó conciencia de que, poseyendo los medios económicos, se encontraba ausente de todo tipo de de decisión política, cuando, por el contrario, un grupo reducido de cortesanos tenía en sus manos el monopolio del poder. Por ende, decide "romper" con ese poder absoluto y, buscando un equilibrio institucional, trata de transformarlo en los tres poderes que diseñó Montequieu²⁹ en su obra "*Del Espíritu de las Leyes*"³⁰,

²⁷ La única limitación que tenía el Rey no procedía de la norma jurídica escrita, sino que los "límites" en su actuación tenían su origen en la creencia de la existencia de leyes divinas que tenía que respetar, de la doctrina del tiranicidio, de las "reglas" del oficio de la realeza, de los derechos sectoriales de carácter gremial, familiar, etc. Límites que, además, fueron difuminándose conforme se potenciaba, con el transcurso del tiempo, el absolutismo regio.

²⁸ La revolución industrial se inició en Inglaterra y traspasó sus fronteras hacia Europa continental a finales del siglo XVIII.

²⁹ Filósofo y escritor francés, que sentó las bases de la teoría del Estado, tal como actualmente lo conocemos, al propugnar la soberanía popular, los derechos del hombre y la necesidad de constituciones escritas.

³⁰ Obra de carácter jurídico y filosófico, donde planteó la teoría de la división de poderes.

escrita en 1748, esto es, poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial.

Fue la Revolución francesa de 1789 el acontecimiento que abrió la puerta del camino jurídico que condujo a la conformación de un nuevo sistema jurídico de convivencia, identificándose éste como Estado de Derecho.

2.2.- El estado de Derecho y el principio de legalidad.

Pero si el Estado de Derecho era la esencia que impregnaba todo el sistema instaurado a partir del mencionado hito histórico, el principio de legalidad, eje de dicho Estado de Derecho, presentaba una incidencia particular en el denominado poder ejecutivo y, en consecuencia, en la Administración Pública, por cuanto, como reacción al uso del poder en el régimen absolutista, se estableció que para aquél actuar -ejecutar- era necesario que, previamente, hubiese sido habilitado para ello por una ley aprobada por los representantes electos del pueblo.

Este presupuesto de legalidad es el eje sobre el que pivota el sistema jurídico-político que nos viene del referido hito histórico decimonónico, y que, adelantándonos en el momento, diremos que se refleja, *ad exemplum*, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1968³¹, con la siguiente manifestación *"Ninguna autoridad puede realizar un acto válido por virtud de poderes que ella misma se haya dado..., pues la competencia supone siempre una norma"*.

³¹ Referencia RJ 1968\4554, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Este enunciado, soporte legal necesario para el actuar del poder ejecutivo, es el contenido del llamado principio de legalidad, que, junto a otros principios, conforma lo que conocemos como Estado de Derecho desde aquél acontecimiento de 1789. Principios que, además, hay que añadir que fueron positivizados, por primera vez, en el continente europeo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789. Sirva de ejemplo el siguiente contenido de dicho texto: "*Los hombre nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*" (art. 1); La ley "*debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga*". Todos los ciudadanos "*son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos público, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos*" (art. 6).

En definitiva, surgió el sometimiento de los poderes a la Ley y su aplicación por igual a todos. Sin embargo, *nota bene*, aquello que tan lejos queda, forma parte esencial del sistema jurídico de convivencia que se ha dado para sí el pueblo español, y representa la columna vertebral y esencia del propio sistema, como puede observarse en la solemne declaración que hace la Constitución de 1978, tanto en su preámbulo [*"La Nación española (...) proclama su voluntad de: (...) Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular"*], como en su artículo 9.1: "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*".

Principio de sometimiento al Derecho (principio de legalidad) que se refleja de forma sencilla y certera en el

trascrito número y precepto, si bien no es el único artículo del texto constitucional que lo contempla, ya que el propio artículo 9, en su número 3, nos dice que "*La Constitución garantiza el principio de legalidad...*", y, específicamente, para la Administración Pública, el artículo 103.3 establece que ésta actúa "*...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*".

En el ordenamiento jurídico andaluz, el artículo 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo³²), se expresa en parecidos términos. Así, dice: "*La Administración de la Junta de Andalucía (...) actúa (...) con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico*".

3.- Articulación de la competencia en el Estado de Derecho y en el ordenamiento jurídico español.

3.1.- Criterios generales: el principio de legalidad.

En primer lugar debemos recordar que "*El Estado es un ente complejo que consiste en una pluralidad de órganos, y aunque en determinados aspectos actúa como una unidad y como tal constituye un persona jurídica, reparte o distribuye entre sus distintos órganos las también distintas funciones a cumplir*³³" (Tribunal Constitucional, sent. número 32/1983, de 28 de abril³⁴). Esta definición genérica no puede hacernos olvidar que, dentro del propio Estado, los órganos se agrupan en poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), así como que el citado

³² Referencia RCL 23007\548, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³³ No subrayado en original.

³⁴ Fundamento jurídico 1, último párrafo, *ab initio*. Referencia RTC 1983\32, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

poder ejecutivo está conformado por las Administraciones Públicas -a su vez estructuradas en órganos y unidades- que contempla el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁵.

Expuesto lo que antecede, lo que interesa, en estos momentos, es examinar cómo articula nuestro sistema jurídico el principio de legalidad, en cuanto a su incidencia en el actuar o ejercicio de competencias de las referidas Administraciones Públicas y órganos públicos dependientes de las mismas³⁶ (en definitiva, en el ámbito de todo el complejo institucional que forma parte del poder ejecutivo).

Para el examen que nos proponemos, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que nuestro ordenamiento jurídico articula el ejercicio de la competencia en la norma jurídica que se referencia como Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y se denominada, precisamente, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley que desarrolla la competencia exclusiva que se ha reservado el Estado para sí en el artículo 149.1.18ª de la Constitución [las "*bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; (y) el procedimiento administrativo común...*"] y, en consecuencia, "*aplicable a todas ellas*³⁷", esto es, aplicable a la Administración

³⁵ La norma jurídica que, así mismo, establece lo que se entiende por Administraciones Públicas, es la Ley 29/1998, de 13 de julio, de reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 1.2.

³⁶ "*La Administración ,como persona jurídica, se compone de órganos, a través de los cuales se manifiesta y obra...*" ("*Curso de Derecho Administrativo I*", página 508; cuarta edición, 1984; editorial Cívitas. Obra de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández).

³⁷ En expresión del propio artículo 1 de la indicada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración Local y a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas cuando ejerzan potestades administrativas (art.2 de la mencionada Ley).

En concreto, los criterios del ejercicio de la competencia se contemplan en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, señalando que

*"La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes"*³⁸.

El transcrito artículo y número está planteando tres cuestiones esenciales y definidoras de lo que ha de ser la competencia de los órganos administrativos³⁹:

1º) El carácter imperativo de su regulación ("es"; "se ejercerá"). Por ende, es de obligado cumplimiento su ejercicio, sin que quepa la más mínima posibilidad de opción.

³⁸ La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, regulaba, en su artículo 4, el ejercicio de la competencia de forma sustancialmente igual que en el artículo 12 de la vigente norma jurídica: "*La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación prevista por las leyes*".

³⁹ Si en nota anterior expusimos que García de Enterría expresaba que la Administración ,como persona jurídica, se componía de órganos, a través de los cuales se manifestaba y obraba; en este momento hacemos alusión a esos órganos señalando que "...*la competencia se predica del órgano, no de la persona técnica*" (en expresión de Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, en su obra "*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*"; 2ª edición, 1994; editorial Cívitas, S.A., pág. 309).

2º) No permite que el ejercicio de la competencia pueda realizarse "a conveniencia" o según "oportunidad política"; sino que, una vez atribuida, ha de ejercerse obligatoriamente cuando se produzca el supuesto de hecho correspondiente.

3º) Se ha de ejercer exclusiva y excluyentemente por el órgano al que le haya sido atribuida de forma expresa por disposición jurídica (salvo los casos de delegación o avocación).

El texto legal que nos ocupa, además de reiterar parte del contenido del artículo 12.1, lo complementa, en su artículo 53.1, al establecer, con igual carácter imperativo, que:

"Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido" (art. 53.1).

Como podemos observar, se produce un nuevo mandato respecto del ejercicio de la competencia: que se produzcan los actos administrativos, en los que se exterioriza la voluntad del órgano que los dicta, ajustándose al procedimiento que haya sido, previamente, establecido.

Consecuencia de las prescripciones de ambos preceptos (arts. 12.1 y 53.1) es que los órganos administrativos quedan ligados, obligados, *ex lege*, no sólo al principio de legalidad en su aspecto material (necesidad de previa atribución normativa de la competencia), sino, así mismo, al aspecto formal de su ejercicio (seguir un procedimiento,

un *iter*, previamente establecido). Principio de legalidad que, en palabras del Tribunal Supremo,

"...exige que actúe el órgano verdaderamente competente y que éste siga la tramitación adecuada..." (sent. de 5 de febrero de 1990⁴⁰).

Pero no terminan las manifestaciones del principio de legalidad en el examen realizado hasta el momento, ya que se refuerzan y complementan con lo dispuesto en el artículo 3.3 del susodicho texto legal cuando manifiesta el fin de la actuación de las Administraciones Públicas:

"...alcanzar los objetivos que establezcan las leyes y el resto del ordenamiento jurídico."

Por ende, el titular del órgano y el resto de personal no pueden perseguir cualquier otro objetivo o fin distinto al previsto en la norma jurídica aplicable, sino sólo el previsto en ésta.

Obvio es reflejar que cuantas prescripciones han sido contempladas con anterioridad, representan una de las proyecciones del Estado de Derecho y del principio de legalidad.

Las manifestaciones del principio de legalidad contempladas por el ordenamiento jurídico estatal son directamente aplicables a todas las Administraciones Públicas por el carácter básico de la disposición jurídica que las contiene, sin necesidad de realizar ningún otro acto legislativo de desarrollo o de concreción.

⁴⁰ Referencia RJ 1990\940, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

Finalmente, como colofón del presente apartado, nunca mejor que ceder la palabra al "órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", para que, conceptualmente hablando, nos ilustre, a través de su didáctica, acerca de la competencia administrativa y lo que conlleva en la órbita del principio de legalidad. Nos referimos -ya estaba dicho- al Tribunal Supremo, sentencia de 26 de enero de 1981⁴¹:

"...el Ordenamiento Jurídico atribuye a cada ente público una determinada actuación, y ese conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye a un ente público es lo que constituye el concepto de competencia administrativa, así como la de los Órganos a través de los cuales la Administración actúa, cada uno de éstos tiene sus funciones propias que deberán ser ejercidas precisamente por el Órgano a que el Ordenamiento Jurídico les atribuye y que no puede ceder a otro distinto, de ahí el principio de que la competencia administrativa, por naturaleza, sea irrenunciable, recogido en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁴², por tanto, la competencia es siempre efecto de una declaración normativa, supone siempre un texto, no se determina por sí misma, por lo que ninguna autoridad administrativa puede realizar un acto válido en virtud de poderes que ella misma se haya dado, de lo que se infiere que si no existe una norma que respalde una determinada actividad administrativa, se

⁴¹ Referencia RJ1981\22, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴² Actual artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

está en presencia de una actuación por Órgano manifestante incompetente".

Así mismo, la sentencia de 17 de octubre de 1983⁴³, reiterando lo dicho, nos dice:

"...la Administración en cualquiera de sus esferas para poder actuar ha de estar debidamente autorizada mediante la atribución de una potestad..."

3.2.- Supuesto de trasgresión del principio de legalidad: invalidez del acto.

No obstante atribuir presunción de validez a los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas [*"Los actos (...) se presumirán válidos..."*, dice el art. 57.1 de la Ley de RJAP-PAC)⁴⁴; el legislador ha tenido en cuenta que no todos los actos administrativos son dictados de conformidad con el ordenamiento jurídico; por ello, ha previsto (como cierre o blindaje de la articulación del ejercicio de la competencia por los órganos administrativos), que en los supuestos que en los actos concurra algún vicio pueda ser declarada su invalidez.

A lo expuesto responde los supuestos de nulidad (conocida también como nulidad de pleno derecho, absoluta o radical) y anulabilidad (se le denomina, asimismo, nulidad relativa), previstos en los artículos 62 y 63, respectivamente, de aquélla ley formal.

⁴³ Cuarto considerando; referencia RJ 1983\5195, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

⁴⁴ Si bien, esta presunción tiene carácter *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contra.

En lo que directamente afecta a las cuestiones que se viene desarrollando (plano material y formal del principio de legalidad), encontramos dos supuestos que declaran la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas. A saber:

"Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio⁴⁵" [apartado b), del art. 62.1, de la Ley 30/1992]. Así como

"Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido..." [apartado e), del art. 62.1, de la Ley 30/1992].

No podemos olvidar, asimismo, lo previsto en el artículo 6.3 del título preliminar del Código civil (aplicable a todas las disciplinas jurídicas): *"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho..."*.

De la materia sobre la que tratamos y de las cuestiones inherentes a la misma han surgido pronunciamientos diversos -pero unívocos- de los Tribunales de Justicia. Como ejemplo, valga por todas, la doctrina del Tribunal Supremo, de fecha 23 de junio de 1999⁴⁶, que arranca su fundamento en la manifestación del principio de legalidad recogida en el artículo 9.3 y 103.1 de la Constitución:

⁴⁵ De la competencia suele hacerse una triple clasificación: competencia material, competencia territorial y competencia jerárquica (clasificación tradicional que la denomina Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, en su obra ya citada *"Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común"*; 2ª edición, 1994; editorial Cívitas, S.A.; página, 312).

⁴⁶ Referencia RJ 1993\4650, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

"A partir de las exigencias del principio de legalidad (art. 9.3 CE) del que es una de sus derivaciones la sumisión plena de la Administración Pública al derecho (art. 103.1 CE), ha de entenderse que las competencias de los órganos de ésta no pueden ser algo ambiguo e ilimitado derivado de una genérica posición de supremacía (...), sino que se precisa una norma atributiva concreta, sin la cual la autoatribución por vía de hecho de una competencia no prevista en la norma puede entenderse como generadora de la nulidad de pleno derecho establecida en el art. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo [la aplicable en el momento de los hechos, hoy art. 67.1.b de la Ley 30/1992]" (sent. citada por la del Tribunal Supremo, de fecha 26 de octubre de 1999⁴⁷).

4.- La competencia funcional en los empleados públicos: funciones sustanciales y funciones complementarias.

Una vez conocido el régimen jurídico previsto sobre la competencia en el ordenamiento jurídico español, y teniendo en cuenta que el capítulo II, del título III, de la presente tesis se dedicará a tratar de conocer como deben de actuar los empleados públicos en su actividad de control de la salud pública; deviene necesario conocer también la doctrina de los Tribunales de Justicia sobre las competencias o funciones atribuidas en las respectivas normas de aplicación a cada clase del personal actuante.

Efectivamente, los Tribunales de Justicia han elaborado lo que podría llamarse doctrina de las funciones sustanciales y funciones complementarias, que responde a lo siguiente:

⁴⁷ Referencia RJ 2000\1391, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

a) Todas y cada una de las actividades que integran el contenido de una profesión u oficio no pueden ser contempladas en un Estatuto o Reglamentación.

b) Para el eficaz desarrollo de la profesión u oficio las actividades se desgranán en sustanciales y en complementarias.

c) Las actividades sustanciales o esenciales son las recogidas en los Estatutos o Reglamentos.

d) Las complementarias no se encuentran recogidas de forma expresa, pero su no ejercicio haría ineficaz o, al menos, deficiente el contenido esencial de la función.

e) Por ende, las actividades complementarias son de obligada realización por parte del personal que tiene atribuidas las actividades o funciones sustanciales.

Exponente de esta doctrina es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, número 106/1994, de 4 de marzo⁴⁸:

"Es indudable que todas y cada una de las actividades que integran el contenido de una profesión u oficio, no pueden ser contempladas en un Estatuto o Reglamentación, por cuanto que, para el eficaz desarrollo de la misma, se desgranán -aparte de las sustanciales- en muchas complementarias, cuyo no ejercicio, haría ineficaz o, al menos, deficiente, el contenido mismo de la función. Así, salvo el que

⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Social; recurso de suplicación número 108/1994. Referencia AS 1994\1023, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

ostente la categoría de telefonista, ningún productor tiene entre sus funciones contestar al teléfono; ahora bien, en oficina en donde surja la llamada telefónica, están obligados a atenderla, el auxiliar administrativo, el oficial, el Jefe de Sección... etc., por cuanto que, aun sin especificación concreta, la actividad es complementaria de la que por Ordenanza, Reglamento, Estatuto, Convenio Colectivo... etc., les está atribuida".

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 20 de diciembre de 1996⁴⁹, conoce sobre "La cuestión suscitada en la instancia, y ahora en el recurso, consiste en determinar si es ajustada a Derecho la orden de la dirección del «Hospital de Txagorritxu», y en la que (...) los ATS/DUE demandantes rellenan unas hojas elaboradas por el Hospital en las que se hacen constar los síntomas de los pacientes, para a continuación y previa valoración de su contenido, remitir los pacientes a la «Unidad de Ambulantes» o a la de «Boxes», donde el médico de guardia diagnosticará al paciente"⁵⁰ (párrafo segundo); alegando, ante ello, la parte actora recurrente (ATS/DUE) que en la sentencia de instancia (la recurrida), "...no se ha interpretado correctamente lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica, aprobado por OM 26 abril 1973, dado que las funciones encomendadas a las actoras no se encuentra entre las que deben realizar los ATS en las Instituciones cerradas a tenor del referido precepto"⁵¹.

⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo Social; recurso de suplicación número 2730/1995. Referencia AS 1996\4771, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵⁰ Párrafo segundo del fundamento de Derecho único de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

⁵¹ Párrafo tercer del fundamento de Derecho único de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Pues bien, ante tal alegación el citado Tribunal viene a manifestarse en la forma siguiente:

*"Y si bien es indudable que todas y cada una de las actividades que integran el contenido de profesión u oficio, no pueden ser contempladas en un Estatuto o Reglamentación, por cuanto que, para el eficaz desarrollo de la misma, se desgranán -aparte de las sustanciales- en muchas complementarias, cuyo ejercicio haría ineficaz o, al menos, deficiente, el contenido mismo de la función, tampoco cabe en el supuesto que examinamos, incluir entre estas últimas las encomendadas a las actoras consistentes en la realización de un provisional diagnóstico, que por su trascendencia debe ser calificadas de sustanciales y por ende han de ser de expresa previsión estatutaria, y como antes razonábamos falta dicha previsión, lo que, lleva a concluir que las controvertidas tareas se oponen a lo establecido en el tan referido Estatuto".*⁵²

⁵² Párrafo tercer del fundamento de Derecho único de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TÍTULO II
INTERVENCIÓN PÚBLICA
EN LA SALUD

Cuestiones de previo pronunciamiento.

Bajo el presente epígrafe nos vamos a referir al desarrollo del contenido del presente título, partiendo de los siguientes planos:

1) Se tratará sobre el deslinde o determinación de las competencias atribuidas, en materia de intervención en la salud pública, a los entes territoriales (poderes públicos o Administraciones Públicas que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

La temática referida no es acreedora de recibir una previa aclaración o complementaria exposición, lo que no ocurre igual con el plano al que nos referiremos seguidamente.

2) Un segundo aspecto, versará sobre la ubicación en la clasificación al uso de la naturaleza de las referidas competencias.

Respecto a ello, diremos que la tarea no es simple, si bien trataremos de simplificarla en lo posible. Sirva de ejemplo lo que expone, en su obra ya citada, Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, en el epígrafe denominado "*Intentos de superación de la anterior clasificación*"⁵³. Dice así: "*...la clasificación tradicional resulta insuficiente para acoger una serie de supuestos... (y) en la misma legislación aparecen (...) formas de competencia que escapan a los usuales criterios material,*

⁵³ "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común"; 2ª edición, 1994; editorial Cívitas, S.A.; página, 313 y 314.

territorial o jerárquico. La doctrina ha empezado a reducir a sistema esta realidad, aunque falta todavía mucho camino por andar. La primera dificultad con que se tropieza es la falta de acuerdo terminológico". Ésta es, precisamente, la cuestión que haría compleja nuestra tarea: que la doctrina no habla con una sola voz al referirse a la denominación de las distintas clases de competencias. Y ésta, así mismo, sería y es nuestra dificultad a la hora de transmitir -sin confundir- los conceptos⁵⁴.

Ahora bien, siendo conscientes de la situación nos vamos a limitar, por una parte, a adelantar unos conceptos y, por otra, a reducir la delimitación conceptual a lo estrictamente necesario y a las expresiones que tienen sustento en el derecho positivo y/o en la doctrina de los Tribunales, sin pretender iniciar o sumarnos a ningún "camino" doctrinal. Sólo se trata de intentar un cierto nivel didáctico, es decir, que sea adecuado para ilustrar.

Pues bien, conocemos que la Constitución y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley orgánica 7/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía⁵⁵ hablan de competencias exclusivas; que éste se refiere también a competencias compartidas⁵⁶ y, así mismo, que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional mencionan el indicado tipo de

⁵⁴ Téngase en cuenta, por ejemplo, que los citados autores ofrecen un concepto único de competencia compartida y concurrente, cuando el Tribunal Supremo y otros autores diferencian entre uno y otro tipo. Y así se podría continuar referenciando diferencias insalvables.

⁵⁵ Deroga la Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía.

⁵⁶ La Constitución consigna la expresión "*competencia exclusiva*" en su artículo 149.1, al atribuir al Estado tal tipo de competencia en una serie de materias que relaciona (entre ellas, la "*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*").

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía contempla en su artículo 42 las competencias que asume la Comunidad Autónoma de Andalucía (competencias exclusivas, competencias compartidas, competencias ejecutivas, etc.), así como lo que comprende cada una de las mismas.- En materia de sanidad, refiere el artículo 55 del indicado Estatuto de Autonomía, competencias exclusivas, compartidas, etc.. Unas y otras tendremos ocasión de explicitarlas.

competencias añadiendo, además, el término "*concurrentes*" (la doctrina de los Tribunales de Justicia, al respecto, se expondrá en el capítulo VI).

En consecuencia, dicho está, trataremos sólo de conceptuar las clases de competencias indicadas, esto es, las competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias concurrentes. A saber:

2.1) Competencias exclusivas:

Supone la atribución de competencia a una Administración Pública u órgano público, de forma concreta e indubitada.

Esta atribución de competencias suele denominarse, así mismo, competencia específica, sobre la que el Tribunal Supremo ha dicho "*...que no es ni más ni menos que la que corresponde con exclusión de los demás órganos...*" (sent. de 17 de octubre de 1983⁵⁷).

2.2) Competencias compartidas:

Supone la atribución de competencias a más de un ente público, Administración Pública u órgano público, sin una concreción de las parcelas o materias que corresponden a cada ente, Administración u órgano.

Respecto a este tipo de competencia, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse. Así, en su sentencia de 3 de junio de 1986⁵⁸ señala: "*...estamos ante un*

⁵⁷ Cuarto considerando; referencia RJ 1983\5195, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵⁸ Referencia RJ 1986\4609, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

supuesto tradicional de competencias compartidas que plantea, como siempre ocurre en estos casos, el problema de precisar dónde -sobre la materia en que se da esa concurrencia- acaba la competencia del Estado (y hoy de la Comunidad Autónoma) y dónde la competencia municipal".

Por su parte, la sentencia de 17 de octubre de 1983⁵⁹ explicita que *"...si se reconocen fines que pueden compartirse con otros órganos (...) nos hallaremos ante una competencia compartida por ser propia de varios entes públicos"*.

2.3) Competencias concurrentes:

Supone la atribución de competencias a más de un ente público, Administración Pública u órgano público con concreción de las parcelas o materias que corresponden a cada uno.

⁵⁹ Cuarto considerando; referencia RJ 1983\5195, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

CAPÍTULO I
DEL
TÍTULO II

LA INTERVENCIÓN PÚBLICA DEL ESTADO EN
LA SALUD: ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA,
COMPARTIDA O CONCURRENTENTE?

1.- Introducción.

Anteriormente hemos examinado la competencia en su manifestación y articulación general, esto es, para todo tipo de materia, situando, en lo público, al principio de legalidad como el corazón del Estado de Derecho y eje central de toda la actividad administrativa. En el presente capítulo y en los siguientes podremos observar la trascendencia y presencia de dicho principio.

Además de ello, este capítulo se dedicará a la competencia que tiene atribuida el Estado en materia de intervención pública en la salud -individual y colectiva- y, en base a ello, deducir la naturaleza o carácter de dicha competencia (exclusiva, compartida o concurrente), que se significará en el apartado de "conclusiones".

2.- Fuentes normativas.

Con la idea de centrar el desarrollo del capítulo, conviene referirse, en primer lugar, a las fuentes normativas existentes en el ámbito estatal, que son las siguientes:

a) La Constitución de 1978⁶⁰.

⁶⁰ Referencia RCL 1978/2836, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

b) La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶¹, norma de carácter básico⁶², que desarrolla la competencia exclusiva reservada al Estado por el artículo 149.1.16ª del texto constitucional indicado⁶³.

c) La Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁶⁴.

d) Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia sanitaria y la adopción de medidas en supuesto de riesgo real o previsible para la salud pública (en lo que nos afecta⁶⁵).

e) El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos⁶⁶.

3.- Competencias previstas en la Constitución.

No sería excusable iniciar este recorrido jurídico sin dedicar nuestra atención, en primer lugar, al texto constitucional, empezando por el origen de la atribución

⁶¹ Referencia RCL 1986/1316, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶² El artículo 2 de la Ley 14/1986 se pronuncia sobre su carácter básico en los términos siguientes: “1. Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula”.-

Añade, además, su número 2, en correspondencia con el mencionado carácter básico, que “Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía”.

⁶³ En el punto 3.1 del presente capítulo se reproduce el artículo 149.1,16ª de la Constitución, lugar al que nos remitimos.

⁶⁴ Referencia RCL 1986\1315, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁵ También trata el Reglamento de la regulación de infracciones y sanciones y adopción de medidas de intervención en materia de protección al consumidor y de defensa de la calidad de la producción agroalimentaria (referencia RCL 1983\1513, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

⁶⁶ Referencia RCL 2004\59, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

competencial de la materia que nos ocupa (del todo y no sólo de la parte).

Pues bien, el examen o análisis que nos proponemos, se ha de subdividir en dos planos diferenciados: El primero abarcaría las competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1.16ª del texto constitucional. El segundo plano tendríamos que referirlo a los preceptos de la Constitución que, sin formar parte del sistema de distribución de competencias previsto en dicho texto, imponen a los poderes públicos una determinada conducta o actuación, en definitiva, unas obligaciones y -por qué no llamarlo así- unas competencias. Estamos hablando de los artículos 43 y 51 de la indicada Carta Magna.

3.1.- Competencias reservadas al Estado.

Al Estado le reserva la Constitución, en su artículo 149, número 1, competencia exclusiva sobre un grupo de materias. Competencia que es ejercida por aquél a través de la aprobación de normas jurídicas que desarrollan y regulan la materia de que se trate.

Para el sector objeto de nuestro estudio, podemos concretar la cuestión señalando que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de

"Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos" (art. 149.1, 16ª).

Ahora bien, de la anterior atribución competencial nos interesa la materia referida a las *"Bases y coordinación general de la sanidad"* (las materias relativas

a la sanidad exterior y a la legislación sobre productos farmacéuticos, no son objeto de la presente tesis). Expresión aquélla cuyos términos requieren nuestra atención en el orden que aparecen, con el fin de llegar a su sentido y alcance. A saber:

a) Respecto al vocablo "bases":

El Tribunal Constitucional se ha referido a este término tanto de forma general como específica.

Así, en cuanto a la referencia específica, su sentencia de 28 de abril de 1983⁶⁷, nos indica que la Constitución lo que persigue

*"es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación porque con ellas se proporciona al sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias"*⁶⁸.

La cuestión que podríamos plantearnos es el tipo de fuente que ha de ser utilizado para el establecimiento de las normas básicas. A ello da respuesta el propio Tribunal Constitucional -por todas- en su sentencia de 28 de abril

⁶⁷ Fundamento jurídico número1. (referencia RTC 1983\32, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

⁶⁸ No ya referido al sistema normativo de la sanidad nacional, sino en general, esto es, para todo el ordenamiento jurídico, podemos reflejar un concepto breve de lo que son las bases o leyes básicas, según la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 7 de abril de 1983: "*Criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado*".

Otra definición, que complementa las anteriores, puede ser la contenida en la sentencia del mismo Tribunal, número 13/1989, de 26 de enero, en cuyo fundamento jurídico 3 indica que "*El Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo -dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales- a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco de competencias que en la materia le asigne su Estatuto*".

de 1983, cuando, por una parte, nos dice que "dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley"⁶⁹. Por otra parte, también indica dicho Tribunal que "el Gobierno puede regular por vía reglamentaria materias básicas" siempre que estuvieran "definidas como tales en normas con rango de Ley", ya que "entonces su actuación es completiva y no delimitadora o definidora de competencias"⁷⁰, o como también se dice en igual sentencia, "el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario algunos de esos aspectos particulares o concretos de la materia básica. Lo que, sin embargo, no podrá hacer el Gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico"⁷¹.

b) En cuanto a la locución "coordinación general":

La ya referida sentencia del Tribunal Constitucional, número 32/1983, de 28 de abril, sitúa la expresión, dándole contenido, al indicar que

"La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de «coordinación general», a propósito de la cual conviene señalar las siguientes

⁶⁹ Fundamento jurídico 1, último párrafo (referencia RTC 1983\32, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi).

⁷⁰ Fundamento jurídico 3, párrafo noveno, de sentencia anterior.

⁷¹ Fundamento jurídico 2, párrafo octavo, de sentencia referenciada en notas anteriores.

precisiones: a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta de la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el artículo 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece, salvo en una ocasión (artículo 149.1.15), unida a la competencia sobre las bases (artículos 149.1.13 y 149.1.16). b) La competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades. c) La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado. d) En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario".

c) En cuanto al término "sanidad":

La repetida sentencia del Tribunal Constitucional señala que

*"...por exclusión respecto a la sanidad exterior, hay que entenderlo referido a la sanidad interior, esto es, a la sanidad dentro del territorio español"*⁷².

Consecuentemente, cuando la Constitución habla de "sanidad" en su artículo 149.1, 16^a, se está refiriendo a la sanidad del Estado español o sanidad interior.

3.2.- Competencias derivadas de los artículos 43 y 51.

La competencia del Estado sobre el sector en el que se incluye la materia objeto de nuestro estudio, no solo se encuentra recogida en el artículo 149.1.16^a de la Constitución, anteriormente examinado, sino que preceptos distintos contienen otros títulos competenciales que se añaden a los previstos en aquél. A saber:

a) El artículo 43 de la Constitución, después de reconocer en su número 1 el derecho a la protección de la salud, establece en su número 2, en lo que aquí afecta, que

"Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas...".

Respecto del artículo 43 de la Constitución, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 1985,⁷³ nos dice que dicho precepto

⁷² Sentencia referenciada en notas anteriores, fundamento jurídico 2, párrafo quinto.

"...conlleva la correlativa obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para proteger la salud pública" (segundo fundamento de Derecho, *in fine*).

En correspondencia con ello, en su fundamento de Derecho tercero, declaraba el Tribunal Supremo que *"...la facultad del Alcalde para ordenar tal comiso y destrucción viene amparada, no sólo en el precepto (art. 43) constitucional citado..."*. (El Ayuntamiento había decomisado una cantidad de carne de vacuno porque entendía que se encontraba en mal estado. El afectado argumentaba que el Alcalde no tenía competencia para realizar el referido decomiso y el Tribunal Supremo entendió que sí estaba facultado por, entre otros, el artículo 43 de la Constitución).

b) Por su parte, el artículo 51, número 1, de igual texto normativo impone -también en lo que nos afecta- a

"Los poderes públicos (proteger), mediante procedimientos eficaces (...), la salud" (de los consumidores y usuarios).

Es conveniente matizar que, aún cuando estamos bajo un capítulo que trata de la intervención pública del Estado en la salud, en ambos preceptos encontramos sendas obligaciones impuestas a los *"poderes públicos"* sin especificar o concretar sobre los mismos, por lo que ninguno de estos poderes puede encontrarse ajeno a tales mandatos y competencias constitucionales.

⁷³ Sentencia ya referenciada.

En tal sentido, podemos reseñar que el apartado II, párrafo primero, de la exposición de motivos de la Ley 14/1986, se refiere al derecho a la protección de la salud de la forma siguiente:

"...derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo".

Poderes públicos referidos por la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 1996 (dictada en recurso de casación número 2735/1993)⁷⁴, en su fundamento de derecho tercero, indicándoles que

"...no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquéllas".

3.3.- Competencias derivadas del artículo 15.

El artículo 15 de la Constitución, en su expresión material, no nos habla de obligaciones de los poderes públicos. En lo que nos afecta, podemos decir que presenta el siguiente contenido:

"Todos tienen derecho a la vida y a su integridad física y moral...".

Ahora bien, es el Tribunal Constitucional, a través de su doctrina interpretando el texto constitucional, el que nos habla, como ya hemos tenido ocasión de exponer, que

⁷⁴ Referencia RJ 1996/7903, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

"...el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal..."⁷⁵.

Partiendo de la indicada declaración, el Tribunal Constitucional anota, en igual fundamento jurídico, párrafo tercero, que el citado derecho

"...podrías verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos, como podría ser la inactividad...".

Consecuentemente, la omisión o, dicho de otra forma, la no actuación de los poderes públicos pueden dar lugar a que se vea afectado, en su caso, el derecho fundamental a la integridad física y moral; siendo, por ende, que tales poderes públicos tienen el deber de actuar, preventivamente y mediante procedimientos eficaces (arts. 43.2 y 51.1 de la Constitución).

Deber que para que sea actualizado y exigido a los poderes públicos

"...no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando, por el contrario, que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse..." (sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada, fundamento jurídico cuarto).

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/2007, de 27 de marzo (fundamento jurídico 3, párrafo segundo, inciso segundo). Referencia RTC 2007\62, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

4.- Atribución de competencia en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En primer lugar, conviene referirse al ámbito de aplicación de la disposición jurídica formal que nos ocupa.

Así, hemos de señalar que, como ya ha sido indicado, la ley tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16ª de la Constitución y, en consecuencia, es de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto su artículo 31. 1, b) y c), y artículos 57 a 69, que constituyen derecho supletorio para las Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula. Esta es la declaración que realiza el artículo 2.1 de la propia Ley General de Sanidad.

Entrando ya en materia, se dirá que el capítulo V, del título I, de la citada Ley se titula "*De la Intervención Pública en relación con la Salud Individual y Colectiva*", comprendiendo los artículos 23 a 31, ambos inclusive. Preceptos que nos incumben en cuanto no van dirigidos a una Administración Pública concreta, sino, indiferenciadamente, a cualquiera de ellas [salvo la excepción ya señalada de las letras b) y c), del número 1, del último artículo], como iremos examinando seguidamente.

De entrada, tenemos que asumir que el carácter básico aludido ya determina lo que antes ha sido afirmado, esto es, su aplicación a todas las Administraciones Públicas. Pero si ello deviene de su origen y condición, el análisis de cada uno de los reseñados preceptos nos reafirmará en la atribución, a todas y cada una de las indicadas Administraciones Públicas, de las competencias en materia

de intervención en la salud individual o colectiva que contienen los aludidos preceptos. A saber:

a) El artículo primero del capítulo que nos ocupa, esto es, el artículo 23, nos habla del plural "Administraciones sanitarias" y de "autoridad sanitaria", sin más. Así, nos dice que

"Para la consecución de los objetivos que se desarrollan en el presente Capítulo, las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, crearán los Registros y elaborarán los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria".

b) El siguiente de los artículos de referencia, el 24, nos habla del deber de someter a limitaciones preventivas aquellas actividades que pudieran tener consecuencias negativas para la salud, remitiéndonos para ello a la normativa básica del Estado; normativa que, como veremos, atribuye a las autoridades sanitarias la adopción de medidas preventivas. El precepto citado dice así:

"Las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado".

c) Los números uno⁷⁶ y dos⁷⁷ del artículo 25 están redactados de forma impersonal, esto es, sin atribuir a autoridad o Administración alguna las actuaciones que pudieran conllevar los supuestos de hecho que contemplan. No ocurre igual con el número tres, que atribuye a las Administraciones Públicas (por ende, está englobando a todas ellas) la intervención sanitaria en el supuesto de hecho que prevé. A saber:

"Cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente, con el objeto de eliminar aquélla. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquéllos queden excluidos".

d) El número uno del artículo 26⁷⁸ impone, haciendo mención genérica a las "autoridades sanitarias", la obligación de adoptar medidas preventivas cuando exista o se sospeche el supuesto de hecho que regula. Su tenor es el siguiente:

"En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario

⁷⁶ El contenido del artículo 25.1 es el siguiente: *"La exigencia de autorizaciones sanitarias, así como la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las Empresas o productos, serán establecidas reglamentariamente, tomando como base lo dispuesto en la presente Ley".*

⁷⁷ El contenido del artículo 25.2 nos habla de que *"Deberán establecerse, asimismo, prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud".*

⁷⁸ El punto 2 del artículo 26 se refiere a la duración de las medidas preventivas que refiere su punto 1, con el siguiente contenido: *"La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó".*

para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas".

Al respecto cabe recordar la manifestación del Tribunal Constitucional realizada en su sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 1996 (recogida en el punto 3.2 del presente capítulo), en la que se habilita a los poderes públicos no sólo para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquéllas; añadiendo, como consecuencia de la indicada doctrina (párrafo cuarto de la sentencia) que

"Tampoco puede sostenerse (...) que el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, excluya la destrucción de los productos intervenidos peligrosos para la salud. La correcta interpretación de este precepto legal lleva a la conclusión de que la destrucción de productos nocivos es una de las medidas que puede acordar la autoridad sanitaria cuando concurren los presupuestos previstos de riesgo inminente y extraordinario para la salud".

e) Nuevamente otro precepto, en este caso el artículo 27, emplea el término de Administraciones Públicas en forma genérica o plural, con lo cual está remitiéndonos a las Administraciones Públicas existentes. Su contenido es como sigue:

"Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma".

f) El artículo 28 contempla los principios o criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas preventivas que contempla el capítulo en el que se inserta, por lo que están dirigidas tanto a las autoridades sanitarias como a las Administraciones Públicas, dependiendo de la expresión que cada uno de los artículos contenga. En concreto el citado precepto se expresa así:

"Todas las medidas preventivas contenidas en el presente Capítulo deben atender a los siguientes principios:

a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.

b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.

c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.

d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados".

g) El artículo 29, sin hablarnos ni de Administraciones Públicas ni de autoridades sanitarias, establece en su número uno⁷⁹ y en su número dos⁸⁰ una obligación para los centros y establecimientos sanitarios, a la vez que realiza una remisión reglamentaria para la regulación de determinadas aspectos. No ocurre igual con su número tres, en el que faculta a las "Administraciones Sanitarias" para actuar cuando concorra el supuesto de hecho que prevé, esto es:

"Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios".

h) Una vez más en el artículo 30, número 1,⁸¹ se vuelve a reproducir la expresión "Administraciones Sanitarias"; por tanto -se incide en ello-, se está refiriendo a cuantas Administraciones Públicas tengan tal carácter. El contenido de dicho precepto y número se expresa a continuación:

"Todos los Centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad,

⁷⁹ El número uno del artículo 29 señala lo siguiente: "Los centros y establecimientos sanitarios, cualesquiera que sea su nivel y categoría o titular, precisarán autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse".

⁸⁰ El número dos del artículo 29 se expresa como sigue: "La previa autorización administrativa se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento. Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto".

⁸¹ El número dos del artículo 30 se refiere a los centros privados y presenta el siguiente contenido: "Los centros a que se refiere el artículo 66 de la presente Ley estarán, además, sometidos a la evaluación de sus actividades y funcionamiento, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 67, 88 y 89. En todo caso las condiciones que se establezcan serán análogas a las fijadas para los Centros públicos".

estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones Sanitarias competentes".

i) El artículo 31 presenta una particularidad dentro del capítulo que nos ocupa, y es el hecho de que, como ya ha sido referido anteriormente, las letras b) y c) de su apartado o número uno no gozan de carácter básico, constituyendo, según el artículo 2.1 de la propia Ley General de Sanidad, derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas reguladoras de la materia que tratan las referidas letras. Este supuesto concurre en la Comunidad Autónoma de Andalucía, si bien lo que ha determinado el legislador andaluz, cuando aprobó la Ley de Salud de Andalucía, es reproducir en su artículo 23.1, en lo esencial, el contenido de los párrafos señalados con las susodichas letras.

El número 1, del citado artículo 31, utiliza la expresión plural "*Administraciones Públicas*", con lo cual, ya lo sabemos, se está dirigiendo a todas ellas. Por su parte, el número 2 de aquel precepto emplea también el plural "*autoridades sanitarias*", por lo que estamos ante el mismo resultado, esto es, remitiéndonos a las autoridades competentes, lo que nos conduce al artículo 26 de la propia Ley y a lo que ya se dijo, al respecto, en el apartado correspondiente. El contexto en el que se expresan ambas expresiones es el siguiente:

"1. El personal al servicio de las Administraciones Públicas que desarrolle las funciones de inspección, cuando ejerza tales funciones y acreditando si es preciso su identidad, estará autorizado para:

a) *Entrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo Centro o establecimiento sujeto a esta Ley.*

b) *Proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo.*

c) *Tomar o sacar muestras, en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en esta Ley y en las disposiciones para su desarrollo.*

d) *Realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrollen".*

Finalmente, el número 2 del reiterado artículo 31 contempla las medidas que, en el ejercicio de la actividad de inspección y control, puede adoptar las autoridades sanitarias. Así se dice:

"Como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento".

Como ya se había señalado, la lectura de los artículos transcritos anteriormente nos confirma que la habilitación para intervenir, contempla la Ley General de Sanidad, no va referida a un concreto sujeto público, sino que, con uso del plural, se atribuye la facultad o poder a

todos los sujetos competentes en la materia, si bien con expresiones diferenciadas: "Administraciones Sanitarias" competentes, "órganos competentes", "Administraciones Públicas" competentes, "autoridades sanitarias" o "autoridades sanitarias competentes"⁸².

⁸² El capítulo I, del título II, de la Ley 14/1986, trata "*De las competencias del Estado*" en materia de sanidad, en sus artículos 38 a 40, ambos inclusive, subdividiéndolas entre competencia exclusiva y competencia de desarrollo.

La competencia exclusiva se circunscribe a la sanidad exterior y a las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, comprensiva aquélla de la "*...vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros*" (art. 38.2).

Continúa señalando el mismo artículo 38 lo siguiente: "*3. El Ministerio de Sanidad y Consumo colaborará con otros Departamentos para facilitar el que las actividades de inspección o control de sanidad exterior sean coordinadas con aquellas otras que pudieran estar relacionadas, al objeto de simplificar y agilizar el tráfico, y siempre de acuerdo con los convenios internacionales.- 4. Las actividades y funciones de sanidad exterior se regularán por real decreto, a propuesta de los Departamentos competentes*".

Asimismo, el artículo 39 nos habla del alcance de la colaboración de España con otros países y organismos internacionales, señalando que "*Mediante las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, España colaborará con otros países y Organismos internacionales: En el control epidemiológico; en la lucha contra las enfermedades transmisibles; en la conservación de un medio ambiente saludable; en la elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales; en la investigación biomédica y en todas aquellas acciones que se acuerden por estimarse beneficiosas para las partes en el campo de la salud. Prestará especial atención a la cooperación con las naciones con las que tiene mayores lazos por razones históricas, culturales, geográficas y de relaciones en otras áreas, así como a las acciones de cooperación sanitaria que tengan como finalidad el desarrollo de los pueblos. En el ejercicio de estas funciones, las autoridades sanitarias actuarán en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores*".

Las competencia de desarrollo se explicita en el artículo 40 de la Ley, que presenta el siguiente tenor: "*La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará las siguientes actuaciones:*

- 1. La determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente.*
- 2. La determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.*
- 3. El registro general sanitario de alimentos y de las industrias, establecimientos o instalaciones que los producen, elaboran o importan, que recogerá las autorizaciones y comunicaciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias.*
- 4. La autorización mediante reglamentaciones y listas positivas de aditivos, desnaturalizadores, material macromolecular para la fabricación de envases y embalajes, componentes alimentarios para regímenes especiales, detergentes y desinfectantes empleados en la industria alimentaria.*
- 5. La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas. Cuando se trate de medicamentos, productos o artículos destinados al comercio exterior o cuya utilización o consumo pudiera afectar a la seguridad pública, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.*
- 6. La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma. Cuando las actividades enunciadas en este apartado hagan referencia a los medicamentos,*

Finalmente, no es fácil sustraerse de aludir, de nuevo, al principio de legalidad, por cuanto la exigencia del requisito de la competencia en las Administraciones Públicas, órganos y autoridades, no es otra cosa que manifestación, precisamente, de dicho principio.

5.- Atribución de competencia en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

La Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁸³, consta de cuatro artículos. De éstos, y bajo el presente epígrafe, procede analizar el segundo y tercero, por cuanto ambos preceptos son los que contienen medidas que pueden ser adoptadas por aquellos servidores públicos que tengan atribuida la condición de autoridad sanitaria, con independencia de la

productos o artículos mencionados en el último párrafo del apartado anterior, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

7. La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.

8. La reglamentación sobre acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.

9. El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias.

10. La homologación de programas de formación posgraduada, perfeccionamiento y especialización del personal sanitario, a efectos de regulación de las condiciones de obtención de títulos académicos.

11. La homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales y trabajadores sanitarios.

12. Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional.

13. El establecimiento de sistemas de información sanitaria y la realización de estadísticas, de interés general supracomunitario.

14. La coordinación de las actuaciones dirigidas a impedir o perseguir todas las formas de fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios con cargo al sector público cuando razones de interés general así lo aconsejen.

15. La elaboración de informes generales sobre la salud pública y la asistencia sanitaria.

16. El establecimiento de medios y de sistemas de relación que garanticen la información y comunicación recíprocas entre la Administración Sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas en las materias objeto de la presente Ley”.

⁸³ Disposición jurídica ya referenciada.

Administración Pública a la que pertenezcan (central, autonómica o local). En este sentido se pronuncia su artículo 1:

"...las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad"⁸⁴.

Por otro lado, y con anterioridad al examen de los dos preceptos aludidos, conviene reflejar que:

1) El objeto o finalidad de las medidas que contempla la Ley orgánica 3/1986, no es otro que *"proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro"* (art. 1, *ab initio*).

2) El supuesto de hecho o circunstancia que ha de concurrir para poder adoptar las referidas medidas viene determinado por *"razones sanitarias de urgencia o necesidad"* (art. 1, *in fine*).

Estamos, pues, ante facultades o competencias atribuidas tanto al Estado o Administración General del Estado como a la Administración Pública Autonómica y a la Administración Local. Facultades que pasamos a exponer, en los términos anteriormente indicados, partiendo de los supuestos de hecho en los que procede su adopción:

⁸⁴ El contenido completo del artículo primero de la Ley orgánica 3/1986 es el siguiente: "Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad."

a) Existencia de peligro para la salud de la población debido a una situación sanitaria determinada: El segundo de los artículos de la Ley orgánica 3/1986 se refiere a medidas concretas que pueden adoptar las "autoridades sanitarias competentes"⁸⁵:

"...medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad".

b) Supuestos de riesgo de carácter transmisible: Se contempla en el artículo tercero de la indicada Ley orgánica un supuesto específico como es el control de las enfermedades transmisibles. En estos casos la Ley prevé que la autoridad sanitaria:

"...además de realizar las acciones preventivas generales, pueda adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Por otra parte, conviene llamar la atención sobre la naturaleza de las facultades o competencias que contemplamos, por cuanto la Ley orgánica no la establece

⁸⁵ Para evitar la reiteración, no se hace alusión al principio de legalidad. No obstante, sería, una vez más, otra manifestación del mismo la exigencia del requisito de la competencia.

con carácter imperativo, sino con carácter dispositivo, y, en consecuencia, "podrán" o no ser adoptadas.

No descubrimos nada si se añade que nos encontramos ante medidas que limitan la esfera jurídica de la persona al restringir algunos de sus derechos, por lo que no está de más añadir que aquéllas se encuentran amparadas y justificadas al más alto nivel normativo, por cuanto el artículo 53.1 de la Constitución admite las restricciones de los derechos y libertades si son regulados por Ley (en este caso, por Ley orgánica, según el art. 81 de la Constitución⁸⁶), y, además, se respeta su contenido esencial⁸⁷.

Finalmente, es interesante hacer alusión a la Orden de 15 de junio de 1988, del Ministerio de Sanidad y Consumo, cuya exposición de motivos hace referencia, entre otros, a los artículos 2 y 3 de Ley orgánica que nos ocupa, fundamentando en los mismos el dictado de la citada Orden. Disposición jurídica que fue dictada "*...para la coordinación de actuaciones y control del virus de inmunodeficiencia humana en las intervenciones médicas para la obtención y recepción de semen*"⁸⁸.

⁸⁶ El artículo 81.1 de la Constitución requiere el requisito de Ley orgánica para, en lo que nos afecta, "*las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*".

⁸⁷ El citado artículo 53, punto uno, de la Constitución nos dice lo siguiente: "*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a)*".

⁸⁸ BOE número 151, de 24 junio de 1988 (referencia RCL 1988\1369, correspondiente a la base de datos Aranzadi).

6.- Atribución de competencia en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio⁸⁹.

Respecto de la norma jurídica que se examina se ha de tener presente, en primer lugar, que, si bien, es un Reglamento, tiene cobertura legal por mor de lo dispuesto en la disposición final tercera⁹⁰ del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁹¹. En este sentido, puede traerse a colación, *ad exemplum*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, número 413/1998, de 12 junio⁹², que, en su fundamento jurídico cuarto, nos dice que

“...en la actualidad, y tras la publicación de la Ley 26/1984, de 19 julio⁹³, es ya absolutamente irrefutable la estricta cobertura legal del citado Real Decreto 1945/1983, en materia de infracciones y sanciones, exigible constitucionalmente, puesto que la disposición final 2.ª de dicha Ley 26/1984⁹⁴, determina que «a efectos de lo establecido en el Capítulo IX, que lleva por título Infracciones y Sanciones son de aplicación el RD 1945/1983, de 22

⁸⁹ Referencia RCL 1983\1513, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁹⁰ La disposición final tercera del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, señala que “A efectos de lo establecido en el libro primero, título IV, capítulo II de esta Norma será de aplicación el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio...”.

⁹¹ Con anterioridad le prestaba cobertura legal la disposición final segunda de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007).

⁹² Referencia RJCA 1998\2241, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁹³ En la actualidad la referencia correcta sería el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁹⁴ *Idem* que lo expuesto en la nota inmediata anterior, si bien añadiendo que la referencia concreta sería la disposición final tercera.

junio» (sentencias del Tribunal Supremo de 23 marzo 1991; 9 febrero 1991; 20 julio 1990; 7 marzo 1989; 6 junio 1988; 15 diciembre 1987⁹⁵, entre otras muchas)".

Con distinta expresión, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en sentencia de 12 de septiembre de 1995⁹⁶, manifiesta que

"...el Real Decreto 1945/1983 (es) elevado a rango de Ley por la Disposición final segunda de la Ley 26/1984⁹⁷, según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, sentencia de 31 de octubre 1991".

Respecto del personal habilitado por el Reglamento se ha de reseñar que su artículo 13 además de referirse, de forma genérica, a "Inspectores" (sin especificar circunstancia o requisito alguno), y considerar a éstos con carácter de "autoridad" (condición que hay que entender tácitamente derogada⁹⁸), les atribuye una serie de competencias o facultades en el ejercicio de su función (reducidas, por otro lado, para llevar a cabo una actividad como es la de inspección). Éstas son:

- Solicitar el apoyo necesario de cualquier otra autoridad, así como de los Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 13.1, *in fine*).

⁹⁵ Referencias, respectivamente, RJ 1991\2063, RJ 1991\1176, RJ 1990\6730, RJ 1989\1942, RJ 1988\4371 y RJ 1987\9503, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁹⁶ Párrafo segundo, del fundamento de Derecho tercero. Referencia RJCA 1995\859, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁹⁷ *Idem de idem* a lo indicado en notas anteriores.

⁹⁸ En el sector sanitario y en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el carácter de "autoridad" del personal que realizaba funciones de inspección se ha mantenido hasta la entrada en vigor de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, ya que ésta atribuye la "consideración de agente de la autoridad", a dicho personal (art. 23.1).

- Acceder directamente a la documentación industrial, mercantil y contable de las Empresas que inspeccionen cuando lo consideren necesario en el curso de sus actuaciones (art. 13.2, párrafo primero).

- Solicitar información de los órganos de las Administraciones Públicas, de las Empresas con participación pública, de los organismos oficiales, de las organizaciones profesionales y de las organizaciones de Consumidores (art. 13.2, párrafo segundo) ⁹⁹.

Así mismo, y en cuanto a la consignación de la actuación de los indicados inspectores, el número 3 del mencionado artículo 13, establece que

“Cuando los Inspectores aprecien algún hecho que estimen que pueda constituir infracción, levantarán la correspondiente acta, en la que harán constar, además de las circunstancias personales del interesado y los datos relativos a la Empresa inspeccionada, los hechos que sirvan de base al correspondiente procedimiento sancionador”.

⁹⁹ Estas funciones inspectoras podemos entenderlas complementadas con las obligaciones que el Reglamento impone, en su artículo 14.1, a los sujetos interesados. Su contenido es el siguiente: *“Las personas físicas o jurídicas, Asociaciones o Entidades estarán obligadas, a requerimiento de los órganos competentes o de los Inspectores:*

-A suministrar toda clase de información sobre instalaciones, productos o servicios, permitiendo la directa comprobación de los Inspectores.

-A exhibir la documentación que sirva de justificación de las transacciones efectuadas, de los precios y márgenes aplicados y de los conceptos en que se descomponen los mismos.

-A facilitar que se obtenga copia o reproducción de la referida documentación.

-A permitir que se practique la oportuna toma de muestras de los productos o mercancías que elaboren, distribuyan o comercialicen.

-Y, en general, a consentir la realización de las visitas de inspección y a dar toda clase de facilidades para ello”.

Atendiendo ya al aspecto sustantivo del epígrafe, el susodicho Reglamento contempla alguna cuestión relativa a la materia que nos ocupa. Así, el artículo 10.3 señala que

"La autoridad a que corresponda resolver el expediente podrá acordar, como sanción accesoria, el decomiso de la mercancía adulterada, falsificada, fraudulenta o no identificada y que pueda entrañar riesgo para el consumidor; lo mismo podrá acordarse en los supuestos contemplados en los cinco primeros apartados del art. 4, 2¹⁰⁰.

*Dichas mercancías deberán ser destruidas si su utilización o consumo constituyera peligro para la salud pública. El órgano sancionador deberá, en todo caso, determinar el destino final que debe darse a las mercancías decomisadas"*¹⁰¹.

"En caso de que el decomiso no sea posible podrá ser sustituido por el pago del importe de su valor por la Empresa infractora".

Así mismo, el artículo 14.3 continúa refiriéndose a la actividad de intervención pública, situándose, nuevamente, en el ejercicio de la potestad sancionadora, con el siguiente tenor:

"En los supuestos en que sea previsible el decomiso de la mercancía como sanción accesoria, podrá la Administración proceder cautelarmente a la

¹⁰⁰ El artículo 4.2 del Real Decreto 1945/1983 trata de las "Infracciones en materia de defensa de la calidad de la producción agroalimentaria", por lo que no afecta al sector que nos ocupa.

¹⁰¹ El siguiente párrafo establece que "Los gastos que originen las operaciones de intervención, depósito, decomiso, transporte y destrucción serán de cuenta del infractor"; cuestión a la que en su momento nos referiremos.

intervención de la misma, sin perjuicio de que en la resolución que se dicte se decrete el decomiso definitivo o se deje sin efecto la intervención ordenada.

Durante la tramitación del expediente, a propuesta del Instructor, podrá levantarse la intervención de la mercancía, cuando las circunstancias así lo aconsejen”.

Respecto de los artículos 10.3 y 14.3 del citado Reglamento tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 1988¹⁰².

Respecto del primer artículo exponía, en el noveno fundamento de Derecho de la indicada resolución, la siguiente doctrina:

“Las demandantes impugnan también el art. 10,3 del propio Real Decreto que establece el decomiso de la mercancía, como sanción accesoria de la principal, estableciendo tal sanción accesoria como facultad de la autoridad a la que corresponda resolver el expediente, y determinando que cuando el decomiso no sea posible, podrá ser sustituido por el pago del importe de su valor por la Empresa infractora; sosteniendo el defensor de la Administración que esta sanción accesoria no debe confundirse ni considerarse como sanción de carácter penal sino como sanción administrativa derivada de la potestad sancionadora de la Administración; frente a lo cual debemos proclamar nuevamente la exigencia de Ley formal

¹⁰² Referencia RJ 1988\4371, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

habilitante para establecer penas y sanciones administrativas, que no pueden imponerse «ex novo» sin la existencia de Ley formal; por lo que independientemente de la asunción «ex post», del repetido Real Decreto por la ya citada Ley de 19 de julio de 1984, hemos de declarar la indudable invalidez del referido artículo 10.3 para el período anterior a la vigencia de la expresada Ley103; si bien la invalidez del artículo no es total, sino únicamente en cuanto establece el decomiso como sanción; siendo, sin embargo, legítimo el decomiso cuando las mercancías de que se trate pudieren entrañar riesgo o peligro para la salud pública; mas ello no como sanción, sino como consecuencia del deber que imponen a la Administración los artículos 43 y 51 de la Constitución de proteger y garantizar la salud pública”.

En lo que afecta al artículo 14.3, el decimocuarto fundamento de Derecho se pronunciaba de la forma siguiente:

“El decomiso cautelar de la mercancía en el caso previsto en el artículo 14.3 del Decreto, únicamente puede tener lugar en los supuestos de riesgo y peligro para la salud pública en la forma que hemos señalado en el anterior fundamento noveno, y por lo tanto no es legal sin ley formal el art. 14.3 sino el 14.4 que faculta a la Administración para adoptar las medidas que sean necesarias en el supuesto de que la mercancía genere riesgo real o previsible para la salud pública...”.

¹⁰³ No subrayado en original.

Fuera de ese ámbito sancionador, el número 4 del mismo artículo 14 se refiere, de forma general, a la intervención que pueden realizar las autoridades sanitarias. Así dice:

"En el supuesto de riesgo real o previsible para la salud pública se adoptarán cualesquiera otras medidas que ordenen las autoridades sanitarias".

Así mismo, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 1996 (recurso de Casación número 2735/1993)¹⁰⁴, cuyo fundamento de Derecho tercero nos dice lo siguiente:

"En consecuencia, el artículo 14.3 del Decreto 1945/1983, al autorizar a la Administración para proceder cautelarmente a la intervención de la mercancía, faculta a aquélla para ordenar la destrucción cuando concurren las circunstancias de que se ha hecho mención. El apartado 4 del mismo artículo ofrece también cobertura habilitante a esta potestad administrativa, pues establece la facultad de la Administración para adoptar «otras medidas», poniendo de relieve con ello que la relación del apartado anterior no sólo comprende implícitamente las consecuencias lógicas de las medidas que allí se citan, sino que no es exhaustiva, y alcanza a otras medidas que puedan considerarse incardinadas en el fin de protección de la salud que la regulación persigue".

¹⁰⁴ Sentencia ya referenciada.

Finalmente, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1998 (Recurso de Casación núm. 1088/1994¹⁰⁵), se hace también alusión al número 4 del artículo 14 del Real Decreto que nos ocupa, refiriendo que la orden de destrucción de la mercancía controvertida en el recurso no fue consecuencia del expediente sancionador que fue instruido por la Administración Pública,

"...sino que aparece fundada, con carácter previo a la resolución de aquél, en el artículo 14.4 del reglamento en cuestión que prevé tal posibilidad en los casos de riesgo real o previsible para la salud...".

7.- Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos¹⁰⁶.

El Real Decreto 1801/2003, de 26 diciembre, sobre seguridad general de los productos, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001¹⁰⁷, y *"...constituye una disposición de carácter horizontal y naturaleza supletoria, que completa y no interfiere con las específicas existentes*¹⁰⁸". Tal supletoriedad se prescribe en su artículo 1.4:

"Cuando para un producto exista una normativa específica que tenga el mismo objetivo y que regule

¹⁰⁵ Fundamento de derecho primero, párrafo segundo. Referencia RJ 1998\4969, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁰⁶ Referencia 2004\598, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁰⁷ Referencia LCEur 2002\ 32, correspondiente a la base de datos de Aranzadi. Este Reglamento realiza cambios sustanciales y mejoras técnicas notables respecto al Real Decreto que deroga, número 44/1996, de 19 de enero, que incorporó la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992.

¹⁰⁸ Manifestación recogida de su exposición de motivos, párrafo cuarto, *in fine*.

su seguridad, este Real Decreto sólo se aplicará con carácter supletorio a aquellos riesgos, categorías de riesgos o aspectos no regulados por dicha normativa".

Partiendo de dicha premisa, se refleja la regulación que el Reglamento contempla en su capítulo III, comprensivo de los artículos 8 a 17, sobre las "*medidas administrativas no sancionadoras de restablecimiento o garantía de la seguridad*". A saber:

a) Principios generales.

Se establece, con carácter imperativo (*ius cogens*), el deber que tienen los órganos administrativos competentes de adoptar (de oficio o como consecuencia de las denuncias o reclamaciones que presenten los consumidores u otras partes interesadas), las medidas que después se indicarán con la máxima celeridad o incluso inmediatamente cuando resulten necesarias para garantizar la salud o seguridad de los consumidores (art. 8.1).

Respecto a las medidas que se adopten y a los medios que se utilicen para su ejecución o efectividad, se exige que han de ser:

- 1) Congruentes con los motivos que las originen.
- 2) Proporcionadas con los riesgos que afronten.
- 3) Lo menos restrictivas de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados (art. 8.2, párrafo primero).

Además de las exigencias señaladas, se ha de tener en cuenta -se afirma-, en todo caso, el principio de cautela, que posibilitará la adopción de las medidas previstas en el mismo artículo 8 para asegurar un nivel elevado de protección cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud o la seguridad, aunque siga existiendo incertidumbre científica (art. 8.2, párrafo segundo).

Otro de los principios que se establecen en el artículo 8 es el recogido en su número 3, esto es, que los órganos administrativos competentes, en todo momento, estimularán y favorecerán la concertación con los productores y distribuidores.

El carácter no sancionador de las medidas referidas en el capítulo que nos ocupa, se establece en el número 4 del artículo 8, *item* de preceptuar que la adopción de tales medidas no prejuzga la responsabilidad penal o administrativa de los sujetos a los que afecte. Claro está, todo ello sin perjuicio de que la inobservancia de los deberes establecidos en el propio Real Decreto, así como la obstrucción o resistencia al ejercicio de las facultades administrativas previstas, se sancionará administrativamente conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o en la legislación autonómica aplicable cuando concurren los requisitos necesarios para ello, salvo en los casos en los que los hechos sean constitutivos de infracción penal.

Por otra parte, se faculta a los órganos administrativos competentes, conforme a la legislación que en cada caso resulte aplicable:

1) A organizar verificaciones adecuadas de las características de seguridad de los productos (de alcance suficiente y que sean eficaces, incluso después de haber sido puestos en el mercado como productos seguros), hasta la última fase de utilización o de consumo.

2) A exigir toda la información necesaria a las partes interesadas.

3) A recoger muestras de los productos para someterlas a análisis de seguridad (art. 8.5).

Se establece, así mismo, que la referida actividad de control podrá (*ius dispositivum*) ejercerse ante supuestos concretos, dentro de programas de vigilancia que se actualizarán periódicamente o como consecuencia de las denuncias o reclamaciones sobre la seguridad de los productos que presenten los consumidores u otros interesados (art. 8.6).

b) Advertencias y requerimientos.

Nos habla el Reglamento en su artículo 9, como posibilidad, de la relación de los órganos administrativos competentes con productores y distribuidores que se encuentren en situación ilegal, aportando como forma de actuación la de advertirles de ello "y, en su caso, requerirles" el cumplimiento de sus deberes, que incluirá aquél el resultado al que debe llegarse, el plazo para alcanzarlo y el seguimiento que se realizará o la forma en

que los productores o distribuidores deberán justificar las actuaciones que, en su caso, emprendan, dejando a éstos la posibilidad de elegir la forma y los medios para lograr tal resultado, en tanto que ello no esté predeterminado legal o reglamentariamente, y sin perjuicio de que dichos órganos puedan recomendar la forma en que entienden que puede ser subsanado el incumplimiento (art. 9.1 y 2).

Se contempla, así mismo, que en el supuesto de que el productor o distribuidor no actúe en el plazo establecido o su actuación no sea satisfactoria o sea insuficiente, los órganos administrativos competentes podrán acordar alguna de las medidas previstas en el artículo 10 (art. 9.3).

c).- Medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad de los productos.

El artículo 10 del Reglamento viene a establecer que en el caso de incumplimiento de los deberes generales regulados en la referida norma (Real Decreto 1801/2003), los órganos administrativos competentes pueden adoptar (inmediatamente o tras los requerimientos a que se refiere el artículo 9), las medidas imprescindibles para restablecer o garantizar la salud y seguridad. Estas medidas pueden ser, entre otras, una o varias de las que serán indicadas a continuación y cualesquiera otras de acompañamiento que sean necesarias para la plena efectividad de las mismas. *Ita es:*

- Para todo producto sobre el que existan indicios razonables de que pueda ser inseguro se podrá prohibir temporalmente que se suministre, se proponga su suministro o se exponga, durante el período necesario para efectuar las diferentes inspecciones, verificaciones o evaluaciones

de seguridad o hasta que exista una certidumbre científica suficiente sobre la seguridad del producto.

- Para todo producto inseguro se podrá prohibir su puesta en el mercado y establecer las medidas complementarias necesarias para garantizar el cumplimiento de esta prohibición. Si el riesgo del producto puede ser evitado con determinadas modificaciones, precauciones o condiciones previas a la puesta en el mercado, esta prohibición administrativa deberá indicárselas. En concreto, podrá indicarse que consten en el producto las advertencias pertinentes, redactadas de forma clara y fácilmente comprensible, sobre los riesgos que pueda entrañar, al menos en castellano. Cuando estas indicaciones sean cumplidas, el producto podrá comercializarse, debiendo el productor introducir algún elemento externo de diferenciación. La prohibición se podrá levantar limitando o condicionando el uso o destino del producto.

- Para todo producto inseguro que ya haya sido puesto en el mercado, se podrán adoptar las medidas siguientes: 1) Acordar y proceder a su retirada del mercado y, como último recurso, su recuperación de los consumidores. 2) Acordar y proceder a su destrucción en condiciones apropiadas (art. 10).

d) Adopción de alguna de las indicadas medidas.

Independientemente del procedimiento que se establece en el artículo 11¹⁰⁹ -actuación que no nos afecta-

¹⁰⁹ El contenido, *ipsis litteris*, del artículo 11 es el siguiente: "1. La adopción de alguna de las medidas recogidas en el artículo anterior precisará la instrucción de un procedimiento iniciado de oficio y tramitado conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

recogeremos aquella parte del precepto que sí nos habla sobre las medidas que nos ocupan. Así, su número 2 se refiere a las medidas que pueden adoptarse durante la tramitación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sean imprescindibles para que durante su tramitación no se origine un daño para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.

Por el contrario, el número 3 de igual artículo trata de las medidas imprescindibles que pueden ser adoptadas con anterioridad a la iniciación de cualquier procedimiento, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 72.2

En este procedimiento, no será necesaria la realización de los trámites de audiencia y prueba cuando hayan sido cumplimentados ante el mismo supuesto de hecho y ante idéntica medida en el procedimiento administrativo que haya seguido otra Administración autonómica. En este caso, en el expediente administrativo se incluirá una identificación del procedimiento y órgano donde se realizaron dichos trámites, así como toda la documentación que se haya recibido al respecto. También se dará por cumplido el trámite de audiencia cuando en el procedimiento se haya solicitado informe a la Comisión Técnica para la Seguridad de los Productos u órganos técnicos autonómicos similares y éstos hayan dado dicha audiencia y la resolución no se separe de tal informe.

2. En este procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrán tomar con carácter provisional, de conformidad con lo previsto en el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todas aquellas medidas que sean imprescindibles para que durante su tramitación no se origine un daño para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.

Siempre que sea posible sin merma de la eficaz protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, antes de adoptar la medida provisional, se permitirá al productor u otros sujetos que puedan aportar elementos de juicio relevantes la posibilidad de exponer su punto de vista. Si no fuera posible, esta consulta se realizará en un momento posterior tras la puesta en aplicación de la medida. Esta diligencia no será necesaria cuando en las inspecciones, actuaciones previas o requerimientos o advertencias formulados, aquellos sujetos hayan manifestado ya su punto de vista o se les haya ofrecido esta oportunidad.

3. Antes de la iniciación de cualquier procedimiento, también se podrán adoptar las medidas imprescindibles de conformidad con lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la legislación estatal o autonómica aplicable en cada caso.

4. Las medidas que permiten los dos apartados anteriores son las de inmovilización y retirada de productos, recuperación de productos de los consumidores, suspensión de actividades, ventas, ofertas o promociones y cualesquiera otras similares que sean necesarias para garantizar la salud y seguridad de los consumidores.

5. En cualquier momento en el que los particulares afectados decidan voluntariamente cumplir su deber de adoptar las medidas adecuadas para evitar los riesgos en la forma que el órgano administrativo competente considere que queda garantizada la salud y seguridad de consumidores y usuarios, se podrá dar por finalizado el procedimiento y dictar resolución en la que así se haga constar.

6. Cuando sea la Administración del Estado la competente para tramitar este procedimiento, el plazo máximo de duración será de seis meses”.

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en la legislación estatal o autonómica aplicable en cada caso.

Las medidas anteriormente aludidas son las de inmovilización y retirada de productos, recuperación de productos de los consumidores y suspensión de actividades, ventas, ofertas o promociones y cualesquiera otras similares que sean necesarias para garantizar la salud y seguridad de los consumidores (art. 11.4).

e) Puesta en práctica de las medidas.

Sobre aquello que nos afecta, se recoge la obligación que incumbe al órgano administrativo competente de garantizar y responsabilizarse de la plena efectividad de las medidas que acuerde, procediendo a la ejecución forzosa de las prohibiciones y mandatos desatendidos o a su realización directa (art. 12.2).

Cuando el referido órgano administrativo competente acuerde proceder él mismo a la retirada, la recuperación o la destrucción de un producto, asumirá la organización para llevarla a efecto, sin perjuicio de la colaboración activa, bajo la dirección y vigilancia administrativa, de los productores y distribuidores del producto inseguro. Éstos están obligados a realizar cuantas actuaciones sean convenientes para la plena efectividad de la medida, empleando a tal fin sus medios personales y materiales (art. 12.3, párrafo primero).

Cuando las Administraciones públicas lo estimen necesario por la actitud de los particulares, la insuficiencia de su colaboración, por ser más adecuado a las circunstancias del caso o por otras razones similares,

procederán a realizar las actividades materiales necesarias con sus propios medios y personal o por contratistas o entidades colaboradoras (art. 12.3, párrafo segundo).

Los gastos de retirada, recuperación, realización de avisos especiales, almacenaje, traslado y cualesquiera otros similares, y, en su caso, la destrucción de los productos, serán a cargo de quienes con sus conductas ilegales los hubieran originado (art. 12.4).

f) Órganos administrativos competentes.

El Real Decreto que retiene nuestra atención establece los órganos administrativos que son competentes para el ejercicio de las potestades que el propio Reglamento contempla. A saber:

1) En el ámbito autonómico, los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla.

2) En el ámbito de la competencia del Estado, con carácter general, el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto Nacional del Consumo, sin perjuicio de la coordinación y colaboración de otros órganos sectoriales que tengan también atribuidas competencias en el ámbito de la seguridad de los productos (art. 13.1).

3) En el ámbito local, los municipios también controlarán el cumplimiento de los deberes establecidos para la seguridad de los productos y ejercerán igualmente las competencias que les atribuya la legislación autonómica, en

el marco de lo dispuesto en el artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹¹⁰ (art. 13.4).

g) Atribución de competencias sobre las medidas.

El artículo 14 del referido Real Decreto atribuye competencias respecto de las medidas que nos ocupan y contempla los supuestos en los que es competente el Estado. En este sentido, el Ministerio de Sanidad y Consumo (a través del Instituto Nacional del Consumo), podrá adoptar con la duración que sea imprescindible y de forma proporcionada a la situación que las motive, alguna de las medidas previstas en el reiterado Real Decreto, en los siguientes supuestos:

1) Cuando sólo se pueda hacer frente de manera apropiada a un riesgo grave para la salud y seguridad de los consumidores, adoptando medidas aplicables en el ámbito estatal, aunque hasta el momento el riesgo únicamente se hubiera manifestado en el territorio de una Comunidad Autónoma. En particular, cuando se trate de la adopción de una de las medidas requeridas por la Comisión Europea en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001.

¹¹⁰ El artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, como ya sabemos, dice así: “No obstante, los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios:

- a) *Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.*
- b) *Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.*
- c) *Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportivas y de recreo.*
- d) *Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte.*
- e) *Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria”.*

El referido artículo 13 se manifiesta de la forma siguiente:

1. Si la Comisión tuviera conocimiento de la existencia de un riesgo grave que determinados productos entrañen para la salud y la seguridad de los consumidores en distintos Estados miembros, podrá, previa consulta a los Estados miembros y, cuando se planteen cuestiones científicas que correspondan a la competencia de un comité científico comunitario, al comité científico competente para el riesgo de que se trate, y a la luz de dichas consultas, adoptar una decisión por el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 15¹¹¹, que requiera a los Estados miembros la adopción de medidas de entre las previstas en las letras b) a f) del apartado 1 del artículo 8¹¹², si a la vez:

¹¹¹ El apartado 5 del artículo 15 dice así: “En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 5 y 7 de la Decisión 1999/468/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8.

El plazo contemplado en el apartado 6 del artículo 5 de la Decisión 1999/468/CE queda fijado en 15 días”.

¹¹² Las letras b) a f) del apartado 1, del artículo 8, indican que “1. A efectos de la presente Directiva, en particular, del artículo 6, las autoridades competentes de los Estados miembros dispondrán de la facultad de adoptar, entre otras, las medidas que figuran en la letra a) y, en su caso, en las letras b) a f):

a)...

b) para todo producto que pueda presentar riesgos en determinadas condiciones:

i) exigir que consten en el producto las advertencias pertinentes, redactadas de forma clara y fácilmente comprensible, sobre los riesgos que pueda entrañar, en las lenguas oficiales del Estado miembro en el que se comercialice,

ii) imponer condiciones previas a la puesta en el mercado del producto, a fin de que sea seguro;

c) para todo producto que pueda presentar riesgos para determinadas personas:

disponer que dichas personas sean inmediatamente informadas de manera adecuada sobre dicho riesgo, entre otras cosas, mediante la publicación de avisos especiales;

d) para todo producto que pueda ser peligroso:

prohibir temporalmente, durante el período necesario para efectuar las diferentes inspecciones, verificaciones o evaluaciones de seguridad, que se suministre, se proponga su suministro o se exponga;

e) para todo producto peligroso:

prohibir su puesta en el mercado y establecer las medidas complementarias necesarias para garantizar el cumplimiento de esta prohibición;

f) para todo producto peligroso que ya haya sido puesto en el mercado:

i) ordenar u organizar la retirada efectiva e inmediata, alertando a los consumidores de los riesgos que entrañe,

ii) ordenar o coordinar o, en su caso, organizar con los productores y distribuidores la recuperación del producto ya suministrado a los consumidores y la destrucción del producto en condiciones apropiadas.

a) resulta de las consultas previas con los Estados miembros que existen divergencias manifiestas entre los Estados miembros con respecto al procedimiento adoptado o por adoptar para hacer frente al riesgo; y
b) se trata de un riesgo al que no pudiera hacerse frente, por la naturaleza del problema de seguridad del producto, de forma compatible con el grado de urgencia, en el marco de otros procedimientos previstos por la normativa comunitaria específica aplicable a los productos de que se trate; y

c) se trata de un riesgo al que sólo pudiera hacerse frente de manera eficaz adoptando medidas adecuadas aplicables en el ámbito comunitario, a fin de garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de la salud y la seguridad de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado interior.

2. Las decisiones a las que se hace referencia en el apartado 1 tendrán una validez máxima de un año, pero podrán revalidarse, con arreglo al mismo procedimiento, por períodos adicionales, ninguno de los cuales podrá ser superior a un año.

No obstante, las decisiones que afecten a productos o lotes de productos específicos identificados individualmente tendrán una validez ilimitada en el tiempo.

3. Estará prohibida la exportación desde la Comunidad de productos peligrosos sobre los que se haya

adoptado una decisión de acuerdo con el apartado 1, salvo que la decisión prevea lo contrario.

4. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para aplicar las decisiones previstas en el apartado 1 en un plazo inferior a veinte días, salvo que en las correspondientes decisiones se especifique un plazo distinto.

5. Las autoridades competentes encargadas de aplicar las medidas previstas en el apartado 1 ofrecerán, en el plazo de un mes, a las partes interesadas la oportunidad de exponer su punto de vista e informarán de ello a la Comisión”.

2) Cuando, ante un mismo riesgo grave, las medidas adoptadas o previstas por las distintas Comunidades Autónomas resulten divergentes y tal divergencia sea un obstáculo para la garantía de seguridad de los productos, una vez agotados los instrumentos de coordinación y cooperación existentes (art. 14.1).

A estos efectos, el Ministerio de Sanidad y Consumo, a fin de evaluar la seguridad de los productos, podrá llevar a cabo una investigación por iniciativa propia, debiendo los órganos administrativos competentes autonómicos facilitarle toda la información que les sea requerida al respecto (art. 14.2).

Por otra parte, la ejecución de las referidas medidas será a cargo de las Comunidades Autónomas.

h) Medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo a requerimiento de la Comisión Europea.

En el supuesto recogido en el artículo 14.1,a),último inciso (*"En particular, cuando se trate de la adopción de una de las medidas requeridas por la Comisión Europea en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos"*), el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto Nacional del Consumo, tomará todas las medidas necesarias para llevar a efecto la decisión aprobada por la Comisión Europea en un plazo inferior a 20 días, salvo que en dicha decisión se especifique un plazo distinto (art. 15.1).

En el caso de que las indicadas medidas tengan carácter temporal, deberán revalidarse por períodos máximos de un año, con arreglo a lo que disponga la Comisión Europea (art. 15.3).

Se establece la prohibición de la exportación desde España de los productos inseguros afectados por estas medidas, salvo que el requerimiento de la Comisión Europea prevea otra cosa (art. 15.4)¹¹³.

i) Derecho a la información de los consumidores.

Recordando que nos encontramos ante un Reglamento que es producto de una Directiva europea o, dicho de otra forma, que su origen se encuentra en el Derecho europeo, se recoge la regulación que aquél lleva a cabo de una cuestión relacionada con el derecho a la intimidad y, por consiguiente, con el deber de secreto o sigilo, que

¹¹³ El artículo 16 trata del asesoramiento científico y de la creación de la Comisión Técnica para la Seguridad de los Productos.

posteriormente se examinará. Estamos hablando del contenido del artículo 17 del Real Decreto 1801/2003, que, *ipsis litteris*, dice así:

"1. Las Administraciones públicas, cuando lo juzguen necesario para proteger la salud y seguridad, dependiendo de la naturaleza y la gravedad del riesgo, podrán informar a los consumidores y usuarios potencialmente afectados, por los medios en cada caso más apropiados, de los riesgos o irregularidades existentes, de la identificación del producto y, en su caso, de las medidas adoptadas, así como de las precauciones procedentes tanto para que ellos mismos puedan protegerse del riesgo como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas.

2. En el marco de la legislación general aplicable, los ciudadanos tendrán derecho de acceso, en general, a la información de que dispongan los órganos administrativos competentes con relación a los riesgos que los productos entrañen para la salud y la seguridad de los consumidores, de conformidad con las exigencias de transparencia y sin perjuicio de las restricciones necesarias para las actividades de control e investigación. En particular, los ciudadanos tendrán acceso a la información sobre la identificación del producto, la naturaleza del riesgo y las medidas adoptadas.

3. Salvo lo anterior, los órganos administrativos competentes adoptarán las medidas necesarias para que su personal no divulgue la información protegida por el secreto comercial o industrial obtenida a los efectos de este Real Decreto".

CAPÍTULO II
DEL
TÍTULO II

INTERVENCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA EN LA SALUD:
¿COMPETENCIA EXCLUSIVA, COMPARTIDA
O CONCURRENTE?

1.- Introducción.

De igual manera que se expresaba en el anterior capítulo, dedicado a la intervención pública del Estado en la salud, el presente se dedicará a idéntica materia y planteamiento, si bien referido ello a la Comunidad Autónoma de Andalucía, excepción hecha de la Administración Local, representada por los municipios, que se abordará en el capítulo subsiguiente.

Dicho ello, conviene añadir que la remisión al principio de legalidad realizada, así mismo, en el capítulo anterior, no deja de tener su significación aquí.

2.- Fuentes normativas.

Las fuentes normativas que regulan la materia en el ámbito andaluz, son las que siguen:

- a) La Constitución de 1978.
- b) El Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- c) La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, salvo los preceptos que carecen de la condición de básicos.
- d) La Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

e) La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía¹¹⁴.

f) El Decreto 20/2005, de 25 de enero, Desconcentra las competencias sancionadoras y regula determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud¹¹⁵.

3.- Competencias previstas en la Constitución.

Las competencias de las Comunidades Autónomas tienen su origen en la Constitución y, pasando por el respectivo Estatuto, se materializan en el derecho positivo aprobado por sus órganos competentes.

El referido origen se pone de manifiesto en el artículo 148.1, 21ª, que contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en materia de "*Sanidad e higiene*".

En cuanto es una opción y no una imposición, cada Comunidad Autónoma tendrá o no competencias en materia de seguridad e higiene, siempre y cuando así lo contemple su respectivo Estatuto de Autonomía. En este sentido se pronuncia el artículo 147.2, apartado d) de la Constitución al exigir que los Estatutos de Autonomía contengan "*Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución...*".

En este plano de posibles competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, no podemos sustraernos de mencionar las posibilidades que ofrece, por una parte, el

¹¹⁴ Referencia LAN 1998\241, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹¹⁵ Referencia LAN 2005\65, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

artículo 149.3¹¹⁶, y, por otra, el artículo 150, números 1 y 2 de la Constitución¹¹⁷.

Sin embargo, lo que verdaderamente afecta a la materia objeto de nuestra atención, es el contenido del artículo 43, números 1 y 2 y el contenido del artículo 51 de la Constitución; que aún cuando dichos preceptos no forman parte del sistema de distribución de competencias previsto en los artículos 148 y 149 de dicha Carta Magna, en tanto aquellos preceptos se refieren y dirigen a los "poderes públicos", pueden y deben tenerse en cuenta como títulos competenciales para amparar una determinada actuación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ante la circunstancia sanitaria concreta y negativa que pudiera ponerse de manifiesto en un caso determinado.

4.- Competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía.

Si bien, podría entenderse que con la exposición inmediata siguiente nos apartamos de las cuestiones o materias objeto de la tesis, se trata, con el examen que se va a realizar de las competencias autonómicas, de recoger el origen de las mismas y situarlas en el contexto jurídico actual.

¹¹⁶ El artículo 149.3 alude a que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, "en virtud de sus respectivos Estatutos".

¹¹⁷ El artículo 150.1 se expresa en los términos siguientes: "Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. (...)".

Por su parte, el punto dos de dicho artículo establece que "El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. (...)".

4.1.- Antecedentes.

Partimos de la constitución de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya "*norma institucional básica*¹¹⁸", aprobada en 1981 (Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre), asumía la titularidad de las competencias sanitarias. A partir de este momento histórico-jurídico, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido estructurando su Sistema Sanitario Público de Salud: en un primer momento, fueron traspasadas las funciones y servicios en materia de sanidad por Real Decreto 1118/1981, de 24 de abril, y por Real Decreto 1713/1985, de 1 de agosto. Posteriormente, las funciones y competencias que tenía atribuidas el Instituto Nacional de la Salud fueron traspasadas por Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero. A partir de este momento, se instituyó, como estructura sanitaria, la denominada Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía (RASSSA), sin rango normativo significado. En ese devenir, es de resaltar que, en virtud de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, se crea el Servicio Andaluz de Salud, organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, responsable de la gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud dependientes de la Junta de Andalucía. Ley que fue derogada, en parte, por la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que, a su vez, deslegalizó los preceptos no derogados.

Este Sistema Sanitario Público de Salud, que se ha consolidado como el garante del derecho de los ciudadanos andaluces a la protección de la salud, se núcleo en torno al Servicio Andaluz de Salud, configurándose como la más

¹¹⁸ Expresión utilizada por el artículo 147.1 de la Constitución para referirse a los Estatutos de Autonomía.

importante red sanitaria de Andalucía en lo que se refiere a la salud pública y otros servicios y prestaciones de carácter sanitario.

Pues bien, el referido Estatuto de Autonomía ya fue superado, derogándose por la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, precisamente, denominada de reforma del indicado Estatuto (como ya ha sido expuesto).

4.2.- Vigente "norma institucional básica" o Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En el nuevo Estatuto de Autonomía la materia que acapara nuestra atención se encuentra recogida de forma diferente¹¹⁹.

En este orden de cuestiones, se ha de reseñar que el artículo 22.1 recoge -diferenciándose del anterior- el derecho reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución, manifestando que

"Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la

¹¹⁹ El Estatuto de autonomía, aprobado por Ley orgánica 6/1981 -ya derogado-, recogía las siguientes competencias: a) En su artículo 13.21, atribuía a la Comunidad autónoma competencia exclusiva en "Sanidad e higiene, sin perjuicio de lo que establece el artículo 149.1.16, de la Constitución".- b) También recogía el Estatuto la competencia sobre "el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior" (artículo 20.1); la competencia para "organizar y administrar" los servicios relacionados con la sanidad interior (artículo 20.4).- c) Ejercer la "tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección..." (artículo 20.4, "in fine") d) Otros títulos competenciales que se refieren a materias que, si bien afectan a la salud, se incluyen en sectores distintos al específicamente tratado en la presente tesis, como, por ejemplo, el medio ambiente e higiene de la contaminación biótica y abiótica (artículo 15.1.7ª del Estatuto de Autonomía); vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales correspondientes al litoral andaluz (artículo 17.6); productos farmacéuticos (artículo 20.3) y organización y administración de los servicios relacionados con la sanidad interior y los productos farmacéuticos (artículo 20.4).- Finalmente, en materia relativa a los consumidores, se atribuía a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el artículo 18.1.6ª de su Estatuto de Autonomía, la competencia sobre "Defensa del consumidor y el usuario...".

protección de la salud mediante un sistema público de carácter universal".

Cierto es, que el legislador andaluz ha "olvidado algo". Ese algo es tan importante como el derecho de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, establecido en el número 2 del indicado artículo 43 de la Constitución. No obstante, esa carencia no exime a los entes públicos competentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía de encontrarse comprendidos entre los "poderes públicos" a los que dirige la Constitución sus mandatos.

Ahora bien, centrándonos en la parte del texto del Estatuto de Autonomía denominada "*Competencias de la Comunidad Autónoma*" (título II), podemos observar como su capítulo II (denominado "*Competencias*") recoge la materia que nos ocupa, entre otras, en su artículo 55, precepto que, en lo que aquí nos afecta, podemos analizarlo haciendo la clasificación de competencias, que corresponden a la Comunidad Autónoma, siguiente:

a) Competencia exclusiva:

Bajo tal carácter encontramos la materia referida a

"...organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios..." (art. 55.1).

El contenido de las competencias exclusivas lo establece el artículo 42.2,1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía, indicando

"...que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio"¹²⁰.

b) Competencia compartida:

El número 2 del mencionado artículo 55 contempla este tipo de competencias

"...en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61 (trata de competencia sobre servicios sociales, voluntariado, menores y familias¹²¹), la ordenación, planificación,

¹²⁰ El número 3 del artículo 55 se refiere a los productos farmacéuticos ("Corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos"), materia que no forma parte de los objetivos de la tesis.

¹²¹ El contenido del artículo 61 del Estatuto de Autonomía es el siguiente: "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:

a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.

b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de voluntariado, que incluye, en todo caso, la definición de la actividad y la regulación y la promoción de las actuaciones destinadas a la solidaridad y a la acción voluntaria que se ejecuten individualmente o a través de instituciones públicas o privadas.

3. Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de menores:

a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal.

b) La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales a que se refiere el apartado 1 del artículo 221 de este Estatuto.

determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria"¹²².

Por otro lado, el contenido de las competencias compartidas que nos ocupan queda fijado en el artículo 42.2, 2º del Estatuto de Autonomía:

"...comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias".

4. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución".

¹²² En general, no subrayado en original.

c) Competencia de "participación":

Las competencias que podríamos denominar de participación, se encuentran recogidas en el artículo 55.4 y se refieren a la participación

"...en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título IX"¹²³ (art. 55.4).

5.- Competencias atribuidas por la Ley General de Sanidad.

Hemos de aclarar que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dedica un capítulo, el segundo de su título II, a las Comunidades Autónomas, que denomina "*De las competencias de las Comunidades Autónomas*", comprensivo sólo del artículo 41. Capítulo y artículo cuyo contenido nada concreta en relación a la materia objeto de nuestra labor, motivo por el que no entramos en su análisis¹²⁴.

6.- Competencias atribuidas por la ley orgánica de "Medidas Especiales en Materia de Salud Pública".

Como ya se ha dicho, las medidas especiales que la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, prevé en sus artículos segundo y tercero, van dirigidas y atribuidas a las "*autoridades sanitarias*" competentes de las distintas Administraciones Públicas, para los supuestos en los que concurran el presupuesto de hecho previsto en la propia Ley

¹²³ El título IX se refiere a las "*Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma*" y su capítulo I a las "*Relaciones con el Estado*".

¹²⁴ El artículo 41 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, dice así: "1. *Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue*". "2. *Las decisiones y actuaciones públicas previstas en esta Ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas*".

orgánica. Por ende, son facultades o competencias que tienen, así mismo, las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A efectos del examen de las medidas especiales que nos ocupan, nos remitimos a lo indicado en el número 5 del capítulo I, del título II, dedicado a "La intervención Pública del Estado en la Salud...".

7.- Competencias atribuidas por la Ley de Salud de Andalucía.

7.1.- Introducción.

Desde el punto de vista jurídico, sería obvio decirlo, sin embargo, conviene reseñar que la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, proyecta sus efectos, precisamente sobre Andalucía, esto es, que es de aplicación y regula la materia sobre salud pública en todo su ámbito territorial y para todos los entes públicos que forman parte de esta Comunidad Autónoma¹²⁵.

Dentro de la presente introducción, pero en otro orden de cuestiones, conviene señalar, así mismo, que si la Ley General de Sanidad, desde su "atalaya jurídica" (Ley dictada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.16^a de la Constitución), atribuía competencias al Estado, a las Comunidades Autónomas -por remisión y sin concretar- y a las Corporaciones Locales; la Ley de Salud de Andalucía

¹²⁵ Simplemente como referencia de derecho objetivo, se traen aquí los artículos 7 y 8 del Estatuto de Autonomía, que nos hablan, respectivamente, de la eficacia territorial de las normas autonómicas y del Derecho propio de Andalucía, y se manifiestan así: "Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio. Podrán tener eficacia extraterritorial cuando así se deduzca de su naturaleza y en el marco del ordenamiento constitucional" (art. 7).- "El derecho propio de Andalucía está constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias".

atribuye competencias a las dos Administraciones Públicas territoriales existentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía: La Administración de la Junta de Andalucía y la Administración Local (representada ésta por sus municipios).

7.2.- Referencias normativas extra capítulo que regula la intervención pública en la salud.

Expuesto lo anterior, corresponde entrar en materia, esto es, en el análisis de la tarea que nos sugiere y requiere el título del presente capítulo. A ello nos dirigimos, si bien es necesario aclarar que se iniciará la exposición refiriéndonos a preceptos que no forman parte del capítulo dedicado por la Ley a la "*Intervención Pública en Materia de Salud*"¹²⁶, pero cuyo contenido entra de lleno en la temática que venimos desarrollando.

Pues bien, en primer lugar, cabe reseñar que tanto una como otra Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tienen la función -en lo que nos afecta- de

"...garantizar, bajo las directrices y objetivos de la (...) Ley, el derecho a la protección de la salud (...), en los términos previstos en la misma" (art. 34).

Pero, además, de esta obligación o deber, la Ley de Salud de Andalucía contiene alguna otra referencia normativa (también fuera del capítulo dedicado a la "*Intervención Pública en Materia de Salud*"), como podemos comprobar seguidamente:

¹²⁶ Capítulo IV, del título IV de la Ley.

a) En el artículo 36¹²⁷ de la repetida Ley de Salud de Andalucía, se atribuye -en lo que nos interesa- a la Consejería de Salud:

"...las funciones de ejecución de (...) alta dirección, inspección y evaluación de las actividades, centros y servicios sanitarios y aquellas otras competencias que le estén atribuidas por la legislación vigente".

b) El artículo 37 presenta dos cuestiones con incidencia en la materia: la cooperación que ha de prestar la Consejería de Salud a los municipios y la intervención subsidiaria de aquélla. Veamos:

"La Consejería de Salud cooperará con los municipios, prestándoles el apoyo técnico preciso para el ejercicio de las competencias en materia de salud pública que esta Ley les atribuye, y, en su caso, podrá intervenir de forma subsidiaria, conforme a lo previsto en la normativa vigente en materia de régimen local".

Respecto del principio de intervención subsidiaria de la Consejería de Salud, hemos de anotar que si bien en el derogado Estatuto de Autonomía para Andalucía, de 1981, no aparecía alusión alguna a dicho principio, no ocurre igual en el vigente Estatuto, por cuanto, sin ser referencia específica para la materia que nos ocupa, sí contempla su artículo 90 los principios de la organización territorial

¹²⁷ Precepto integrado en el capítulo II, del título VI, de la Ley de Salud de Andalucía, dedicado a las "Competencias de la Administración de la Junta de Andalucía", comprensivo de los artículos 35 a 37, ambos inclusive.- El artículo 35 nos dice que "La Administración de la Junta de Andalucía ejercerá las competencias que tiene atribuidas en materia de sanidad interior, higiene y salud pública, asistencia y prestaciones sanitarias y ordenación farmacéutica, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de Autonomía para Andalucía".

de Andalucía, entre los que se encuentra el principio de subsidiariedad¹²⁸.

Anotada la anterior referencia estatutaria y retomando el examen de la Ley de Salud de Andalucía, tenemos que referir que, relacionado con su artículo 37, la Ley contempla en su artículo 27.4 que la Administración de la Junta de Andalucía puede actuar en sustitución de los municipios, en los supuestos y con los requisitos previstos en la legislación de régimen local (el citado artículo se refiere a las infracciones sanitarias y a los órganos competentes para imponer sanciones, entre los que se encuentran los Alcaldes).

7.3.- Regulación específica de la intervención pública en la salud.

Si en la Ley General de Sanidad analizábamos el capítulo específico que se corresponde con la intervención pública en la salud, en su homóloga andaluza procede examinar, igualmente, aquellos preceptos que regulan dicha materia.

Por consiguiente, se ha de traer a colación el capítulo IV, del título IV, de la ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, denominado "*Intervención pública en materia de salud*", comprensivo de los artículos 19 a 23, ambos inclusive, que vamos a contemplar:

¹²⁸ El contenido del artículo 90 del Estatuto de Autonomía para Andalucía es el siguiente: "*La organización territorial de Andalucía se regirá por los principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional*".

a) El capítulo se inicia con el artículo 19, que viene, en su párrafo primero, a establecer las actuaciones que tiene encomendadas la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía "en el marco de sus competencias" (recordamos, nuevamente, el principio de legalidad). Estas actuaciones son las siguientes:

"1. Establecer los registros y métodos de análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones, relacionadas con la salud individual y colectiva, y en particular las que se refieren a los grupos especiales de riesgo contemplados en el artículo 6, apartado 2¹²⁹, de esta Ley, de las que puedan derivarse acciones de intervención, así como los sistemas de información y estadísticas sanitarias.

2. Establecer la exigencia de autorizaciones sanitarias y la obligación de someter a registro, por razones sanitarias, a las empresas o productos con especial incidencia en la salud humana.

3. Establecer, asimismo, prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud.

4. Establecer las normas y criterios por los que han de regirse los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, tanto públicos como

¹²⁹ El artículo 6.2 indica que "Los niños, los ancianos, los enfermos mentales, las personas que padecen enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes".

privados, para la calificación, acreditación, homologación y registro de los mismos¹³⁰.

5. Otorgar la autorización administrativa previa para la instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones en la estructura y régimen inicial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, cualquiera que sea su nivel y categoría o titular.

6. Inspeccionar y controlar los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, así como sus actividades de promoción y publicidad. Los centros, servicios y establecimientos sanitarios a que hace referencia el artículo 45 de la presente Ley quedarán sometidos, además, a la evaluación de sus actividades y funcionamiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

7. Establecimiento de normas y directrices para el control y la inspección de las condiciones higiénico-sanitarias y de funcionamiento de las actividades alimentarias, locales de convivencia colectiva y del medio ambiente en que se desenvuelve la vida humana.

8. Establecimiento de criterios generales, normas y directrices para el ejercicio de la policía sanitaria mortuoria.

¹³⁰ En desarrollo de este artículo y número se ha dictado, por ejemplo, el Decreto 132/2006, de 4 de julio, por el que se establece las condiciones y requisitos de instalación y funcionamiento de las ortopedias; con “objeto de proteger la salud de las personas usuarias de los establecimientos de ortopedia...” (exposición de motivos, párrafo quinto).

9. *El ejercicio de cuantas competencias o funciones le vengán atribuidas por normas legales o reglamentarias*".

Como podemos observar, se trata de una lista de actuaciones o competencias atribuidas que no es cerrada, sino que su último número deja abierta la posibilidad de que a la Administración Sanitaria de Andalucía le sean asignadas otras competencias por vía legal o reglamentaria (requisito exigido por el ya reiterado principio de legalidad, esto es, atribución mediante norma jurídica de las competencias).

b) En materia de asistencia sanitaria individual *"serán objeto de evaluación, seguimiento e intervención por parte de las autoridades sanitarias"* (art. 20):

"1. La satisfacción de las prestaciones sanitarias, por parte de los centros, establecimientos y servicios, del personal y de las entidades aseguradoras y colaboradoras.

2. La satisfacción de los derechos reconocidos por esta Ley a los ciudadanos en el ámbito de la misma.

3. El cumplimiento por parte de los ciudadanos de las obligaciones respecto a los servicios sanitarios, contenidos en la presente Ley.

4. La eficacia y eficiencia de las diversas unidades asistenciales de los centros, servicios y establecimientos adscritos funcionalmente al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

5. *El cumplimiento de las actuaciones propias de los servicios de salud, según la legislación vigente, en materia de salud laboral, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y situaciones de incapacidad e invalidez.*

6. *En general, toda actividad sanitaria del personal, centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, de Andalucía, respecto al cumplimiento de las normas sanitarias asistenciales".*

c) El artículo 21 es uno de los preceptos que menos dudas pueden plantear en cuanto al plural que venimos descubriendo. Así, su número 1 nos indica que

"Las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus respectivas competencias, establecerán y acordarán limitaciones preventivas de carácter administrativo respecto de aquellas actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud".

No es menos ilustrativo su número dos, concretando y ampliando, en parte, el abanico de medidas que pueden adoptar las referidas Administraciones Públicas en determinadas circunstancias. Su redacción es como sigue:

"Asimismo, adoptarán cuantas limitaciones, prohibiciones, requisitos y medidas preventivas sean exigibles en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud. En este sentido, podrán decretar la suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas o sus

instalaciones, intervención de medios materiales y personales que tengan una repercusión extraordinaria y negativa para la salud de los ciudadanos, siempre que exista o se sospeche razonablemente la existencia de este riesgo".

Finalmente, su número tres nos plantea, de forma expresa, al referirse a la Ley 3/1986, la habilitación de las susodichas Administraciones Públicas para actuar, tanto en defensa de la salud individual como de la salud colectiva, con la condición que, mediante remisión a la Ley 14/1986, se establece. A saber:

"Las medidas previstas en el apartado 2 que se ordenen con carácter obligatorio, de urgencia o de necesidad, deberán adaptarse a los criterios expresados en el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹³¹, y a la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública¹³²".

d) El Artículo 22 nos habla de los órganos que en la Comunidad Autónoma de Andalucía -no sólo en la Junta de Andalucía¹³³- tienen competencias sanitarias. En este sentido, se dice que

"En el ámbito de Andalucía son órganos con competencia sanitaria el Consejo de Gobierno de la

¹³¹ El artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, ha sido transcrito anteriormente.

¹³² La Ley 3/1986, de 14 de abril, se contemplará seguidamente.

¹³³ La Comunidad Autónoma de Andalucía sería el "todo" (equivalente a Estado español o España). Sin embargo, "*La Junta de Andalucía es la institución en que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma*" y "*...está integrada por el Parlamento de Andalucía, la Presidencia de la Junta y el Consejo de Gobierno*" (art. 99.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Junta de Andalucía, el Consejero de Salud y demás órganos de la Consejería de Salud, y los Alcaldes, de acuerdo con la legislación del régimen local y lo establecido en esta Ley”.

e) Por último, el artículo 23 viene a reproducir, sólo en parte, el contenido del artículo 31 de la Ley General de Sanidad, si bien, respecto del mismo, presenta novedades importantes.

No es menos necesario comentar que el legislador andaluz ha dotado el citado artículo 23 de una carga jurídica trascendente tanto para la actuación administrativa de control sanitario como para los efectos que la misma puede tener en los sujetos pasivos controlados.

Respecto de su número 1, se atribuye al personal que realice actos de inspección la consideración de agente de la autoridad y se le habilita para adoptar medidas cautelares provisionales, al mismo tiempo que es autorizado para realizar determinadas actuaciones. Dice así:

“El personal que lleve a cabo funciones de inspección gozará de la consideración de agente de la autoridad a todos los efectos, y con sometimiento a las Leyes, estando autorizado para:

a) Entrar libremente, y sin previa notificación en cualquier momento, en todo centro o establecimiento sujeto al ámbito de la presente Ley.

b) Proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de la normativa vigente.

c) Tomar o sacar muestras, en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en las disposiciones aplicables.

d) Realizar cuantas actuaciones sean precisas en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrolle, pudiendo adoptar las medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en casos de urgente necesidad, conforme a lo que establece el artículo 21, apartado 2, de la presente Ley. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas a las autoridades sanitarias competentes, quienes deberán ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que fueron adoptadas".

El número 2 del artículo 23 trata sobre el carácter de documento público de las actas y diligencias, así como de la presunción *iuris tantum*¹³⁴ de la que gozan los hechos consignados en dichos documentos actas y diligencias:

"Las actas y diligencias formalizadas con arreglo a las Leyes extendidas por el personal que lleve a cabo funciones de inspección tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formulación y resulten de su constancia personal para los actuarios.

¹³⁴ Como es conocido, la doctrina denomina presunciones *iuris tantum* a las que se establecen por la norma, pero a reserva de que se pruebe lo contrario. Por el contrario, presunciones *iuris et de iure* son las que la norma establece de manera absoluta y forzosa.

Los hechos consignados en las diligencias o actas y manifestados o aceptados por los interesados se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho”.

El número 3 del precepto que se examina es reproducción del número 2 del artículo 31 de la Ley General de Sanidad, salvo en pequeñas variaciones de expresión. Así, atribuye competencias a las “*autoridades sanitarias competentes*” (nueva manifestación de la atribución plural que venimos observando y, por otra parte, del principio de legalidad), expresándose como sigue:

“Como consecuencia de las actuaciones de inspección, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los centros y establecimientos, por requerirlo la protección de la salud colectiva, o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento”.

Se puede observar que se hace una alusión expresa a la protección de la salud colectiva, sin que pudiera entrar, al amparo de este artículo y número, la protección de la salud individual.

No se peca de imprudencia si se refiere que la facultad de desarrollo de las leyes de bases que ostentan las Comunidades Autónomas ha sido actualizada por la Comunidad Autónoma de Andalucía, especialmente en su

artículo 23, cuyas diferencias son notorias con el artículo 31 de la norma básica estatal, Ley 14/1986.

8.- Competencias atribuidas por el Decreto 20/2005, de 25 de enero.

Como hemos expuesto, el artículo 27.4 de la Ley de Salud de Andalucía nos habla de la sustitución de los municipios por la Administración de la Junta de Andalucía. Esta previsión legal se desarrolla en el Reglamento que nos ocupa, Decreto 20/2005¹³⁵, por el que se *"desconcentra las competencias sancionadoras y regula determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud"*¹³⁶, cuyo artículo 5 prevé el ejercicio subsidiario por la Administración Autónoma de la competencia sancionadora municipal, en los términos siguientes:

"Cuando la Administración de la Junta de Andalucía tenga conocimiento de hechos que puedan constituir una infracción sanitaria y para cuya sanción sean competentes los Alcaldes, de conformidad con el artículo 27.2 a) de la Ley de Salud de Andalucía, se instará la actuación del Ayuntamiento correspondiente".

En la comunicación que se efectúe se hará advertencia expresa de que deberá actuarse en el plazo de un mes desde su recepción, y de que, en caso

¹³⁵ En el ámbito andaluz, es el primer Reglamento sobre la materia que articula el ejercicio subsidiario por la Administración Autónoma de la competencia de carácter sancionador de los municipios andaluces en materia de salud. El anterior Reglamento (Decreto 275/1998, de 22 diciembre, derogado por aquél), no contemplaba nada al respecto.

¹³⁶ El enunciado de este Reglamento se hace acreedor a su crítica, ya que el artículo 4 del mismo trata de la atribución de competencias que no tienen carácter sancionador (sobre las que hablaremos seguidamente) y, por el contrario, dicho enunciado habla sólo de desconcentración de *"competencias sancionadoras"* y de *"aspectos del procedimiento sancionador"*

contrario, se considerará dicha comunicación como el requerimiento previsto en el artículo 60 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, pudiendo en consecuencia ejercerse subsidiariamente la competencia sancionadora en los términos previstos en el artículo 27.4 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

2. Si transcurrido el plazo contemplado en el apartado anterior no se hubiese recibido contestación al respecto o de la contestación emitida se deduzca la existencia de inhibición en el ejercicio de la competencia municipal, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán las actuaciones correspondientes.

3. La comunicación a que hace referencia el apartado 1 de este artículo la realizarán los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía competentes en cada caso para iniciar el procedimiento sancionador".

Si bien, el Decreto 20/2005 no hace alusión a las dos situaciones que pueden presentarse, en razón de la previa voluntad de los propios municipios, deviene necesario distinguir entre una y otra, según que los municipios hayan o no celebrado el convenio de "encomienda de gestión de actuaciones de tramitación de procedimientos sancionadores en materia de salud pública", publicado en anexo de la Orden de la Consejería de Salud, de 30 de julio de 1999¹³⁷.

¹³⁷ BOJA número 96, de 19 de agosto de 1999.

Además de la circunstancia anteriormente señalada, hemos de tener en cuenta que los profesionales sanitarios que en el ámbito provincial realizan, de ordinario, funciones de control, son los funcionarios (Cuerpo A.4) adscritos al Servicio Andaluz de Salud y, en menor medida, los funcionarios adscritos a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud¹³⁸. De ahí que la fuente informativa (actas de inspección) de los ilícitos detectados provenga del indicado personal y, por ende, el ente que produce los documentos en los que se ponen de manifiesto los hechos susceptibles de ser calificados como infracciones sanitarias, no es otro que la organización o Administración sanitaria de la Junta de Andalucía y no la Administración Local o municipal.

En consecuencia, son las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, según el sistema de actuación que ha venido a seguirse, los órganos que realizan la comunicación prevista en el artículo 5 del Decreto 20/2005, hayan o no celebrado el convenio anteriormente aludido.

En otro orden de cuestiones pero dentro de la actuación de lo que conocemos como intervención pública en la salud, nos hemos de referir al contenido del artículo 4.2 del Decreto 20/2005, en cuanto complementa y desarrolla la letra d) del artículo 23.1 de la Ley de Salud de Andalucía, transcrito anteriormente. Aquél precepto nos dice que

"...corresponde al personal que lleve a cabo funciones de inspección la adopción de las medidas a las que hace referencia el artículo 21.2 de la citada Ley de

¹³⁸ Más adelante, en el título III, no referiremos a ambas clases de funcionarios, así como a otros funcionarios habilitados para realizar funciones de inspección.

Salud de Andalucía. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que deberá ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que las mismas fueron adoptadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 d) de la referida Ley".

Como podemos observar, es al propio personal que lleva a cabo funciones de inspección a quien el precepto y letra que nos ocupa carga con la obligación de dar cuenta inmediata al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la medida o medidas que haya adoptado.

CAPÍTULO III
DEL
TÍTULO II

INTERVENCIÓN PÚBLICA DE LOS MUNICIPIOS
ANDALUCES EN LA SALUD: ¿COMPETENCIA
EXCLUSIVA, COMPARTIDA O CONCURRENTE?

1.- Introducción.

Con el presente capítulo se concluye el examen de la competencia que, en materia de intervención pública en la salud, tienen atribuida los tres entes públicos territoriales que concurren en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aún con la certidumbre de poder incurrir en reiteración -si así fuese, se entiende, si no totalmente necesaria, al menos, no inconveniente-, se ha de recordar la vigencia del contenido del principio de legalidad y, por ende, su proyección, en cuanto vamos a abordar a continuación.

2.- Fuentes normativas.

A los entes territoriales locales en general, y, en particular, a los municipios, le son de aplicación un mayor número de fuentes normativas dada su posición en la organización jurídica y territorial del Estado. Ello se puede predicar respecto de su regulación general, pero, así mismo, se puede afirmar también cuando se trata, como en el presente caso, de una materia sectorial y concreta que forma parte del grupo de competencias atribuidas a los municipios.

En definitiva, nos encontramos con las siguientes fuentes normativas:

- a) La Constitución de 1978.
- b) El Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- c) La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dictada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1, 18ª de la Constitución¹³⁹.
- d) La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, salvo los preceptos que carecen de la condición de básicos.
- e) La Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
- f) La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.
- g) La Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

3.- Competencia de los municipios: rasgos generales.

En cuanto se trata de los municipios y éstos presentan determinadas peculiaridades respecto de la figura jurídica de la competencia, examinaremos, *in primis*, los rasgos generales de esta figura, con la idea de que nos sirva de introducción para el estudio de la competencia en materia de intervención pública en la salud de los referidos municipios.

3.1.- La Constitución y el ámbito competencial municipal.

Conviene, como frontispicio del presente epígrafe, indicar que en el sistema previsto en los artículos 148 y

¹³⁹ Referencia RCL 1985\799, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

149 de la Constitución sólo se atribuye competencias a las Comunidades Autónomas y al Estado. El resto de preceptos de la Carta Magna tampoco confieren competencias a los entes territoriales locales¹⁴⁰.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de diciembre de 1989, número 214/1989¹⁴¹, refiriendo lo ya indicado en su sentencia 32\1981, de 28 de julio¹⁴², viene a reproducir nuevamente

"...que corresponde al Estado la competencia para establecer las bases no sólo en relación a los aspectos organizativos o institucionales, sino también en relación a las competencias de los Entes Locales constitucionalmente necesarios".

En el párrafo siguiente, el Tribunal Constitucional insiste en que *"...corresponde al mismo (al Estado) la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia"*. Doctrina que se reitera en posteriores sentencias¹⁴³, señalando que *"...debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos*

¹⁴⁰ Los profesores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en su obra titulada *"Curso de Derecho Administrativo I"*, décima edición, año 2000, página 380, exponen que *"Son entes territoriales entendidos así las Administración del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales, en todos sus grados. Así lo subraya de forma rotundamente expresiva el propio texto constitucional (título VIII, De la Organización territorial del Estado; artículo 137: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»")*.

¹⁴¹ Fundamento jurídico primero, párrafo quinto, *in fine* (referencia RTC 1989\214, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

¹⁴² Referencia RTC 1981\32, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁴³ Como pueden ser, fundamentalmente, las sentencias del mismo Tribunal Constitucional: 76/1983, de 5 de agosto (fundamento jurídico 19.º -referencia RTC 1983\76, correspondiente a la base de datos de Aranzadi-), y 27/1987, de 27 de febrero (fundamento jurídico 2.º -referencia RTC 1987\27, correspondiente a la base de datos de Aranzadi-).

a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales...".

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de diciembre de 1989 [fundamento jurídico 4, párrafo a)], ante la alegación de inconstitucionalidad del artículo 4, párrafo segundo, de la Ley 7/1985, declara que

"...en absoluto resulta constitucionalmente inadmisibile que, para concretar las competencias de las Entidades Locales cuya autonomía se encuentra garantizada por la Constitución, se haya adoptado el criterio básico de remitir tal determinación al legislador sectorialmente competente por razón de la materia. Legislador sectorial que en esa operación de asignación de competencias deberá atenerse a los propios límites de las bases conforme al artículo 149.1,18ª de la Constitución en relación con los artículos 137 y 140 de la misma en el sentido anteriormente expuesto".

Consecuentemente, dos criterios deben quedar claros:

a) Que la Constitución vigente no atribuye competencias a los municipios; solamente se refiere a su autonomía¹⁴⁴ en sus artículos 137¹⁴⁵,140¹⁴⁶ y 142¹⁴⁷.

¹⁴⁴ La autonomía de los municipios, de la que se hace eco la Constitución, no es absoluta o ilimitada, sino que está condicionada desde su origen, según nos dice el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de diciembre de 1986: "...es de recordar la -sentencia- de este Tribunal de 18 de marzo de 1986 cuando explica que la del Constitucional de 2 de febrero de 1981, parte de que aquella autonomía hace referencia a un poder limitado circunscrito a la «gestión de los respectivos intereses»...". -

¹⁴⁵ El artículo 137 expresa el principio de autonomía indicando que los municipios "gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses". Este principio se predica también de las provincias y de las Comunidades Autónomas.

b) Que corresponde al Estado la competencia de dictar las bases -en nuestro caso- sobre las competencias de los municipios.

3.2.- Competencias municipales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En lo que nos afecta, diremos que el vigente Estatuto de Autonomía, en su artículo 60.1, establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la "competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18ª de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

b) *La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ El artículo 140 viene a explicitar el mismo principio de autonomía, si bien, de forma distinta: "La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena".

¹⁴⁷ El artículo 142 establece el principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales, tan relacionado con aquel principio de autonomía.

¹⁴⁸ El artículo 60 presenta el siguiente contenido: "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18ª de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

a) *Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.*

b) *La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.*

c) *El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.*

d) *La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.*

e) *El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.*

f) *La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados.*

2. *Asimismo, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en todo lo no establecido en el apartado 1.*

3. *En el marco de la regulación general del Estado, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias sobre haciendas locales y tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio*

Pues bien, si el artículo 60 del Estatuto de Autonomía establece a favor de la Comunidad Autónoma la reserva anteriormente indicada, también el mismo instrumento jurídico realiza, en su artículo 92, una declaración que condiciona la referida reserva en dos planos diferentes, al indicar, por una parte, en su número 1, que

"El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad".

Por otra parte, también el número 2 del citado precepto condiciona la indicada reserva, evitando su absolutividad, cuando relaciona una serie de materias en las que los Ayuntamientos tienen competencias propias (aún sometiendo ello a lo que determinen las leyes).

Así mismo, prevé el Estatuto que puedan delegarse y transferirse competencias a los Ayuntamientos por la Comunidad Autónoma, mediante Ley (art. 93¹⁴⁹).

Finalmente, conviene referirse a dos cuestiones: La primera que el Estatuto de Autonomía derogado no se

de la autonomía de éstos, y dentro de las bases que dicte el Estado de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución".

¹⁴⁹ El artículo 93 establece que "1. Por ley, aprobada por mayoría absoluta, se regulará la transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos siempre con la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla y de acuerdo con los principios de legalidad, responsabilidad, transparencia, coordinación y lealtad institucional, quedando en el ámbito de la Junta de Andalucía la planificación y control de las mismas.

2. Las competencias de la Comunidad de Andalucía que se transfieran o deleguen a los Municipios andaluces, posibilitando que éstos puedan seguir políticas propias, deberán estar referidas sustancialmente a la prestación o ejercicio de las mismas. La Comunidad seguirá manteniendo, cuando se considere conveniente, las facultades de ordenación, planificación y coordinación generales".

referiría a las competencias municipales. Con esto se trata de adelantar que a partir del pronunciamiento del vigente Estatuto (art. 60.1), no cabe dubitación alguna sobre la cuestión competencial de los municipios. La segunda, también relacionada con la situación estatutaria anterior, se refiere a la inexistencia de reconocimiento de competencias propias de los municipios, ausencia que ha sido cubierta por el actual Estatuto de Autonomía (art. 92).

Como no puede ser de otra forma, el desarrollo competencial de los municipios ha de pasar por lo previsto en el vigente Estatuto de Autonomía.

3.3.- Competencias municipales en la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Nos encontramos ante la disposición formal a través de la cual el Estado ha desarrollado la competencia que le atribuye la Constitución respecto de los entes locales. Hablamos, evidentemente, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora, precisamente, de las bases de régimen local, "*...que viene a trazar un mínimo competencial para los entes locales*".¹⁵⁰

La exposición de motivos de la citada Ley 7/1985, nos habla acerca de las competencias, entre otras cosas, señala [apartado II, párrafo decimocuarto, letra c)] lo siguiente:

¹⁵⁰ Tribunal Supremo, sentencia 3277/1993, de 3 noviembre de 1994; fundamento jurídico segundo (referencia RJ 1994\8986, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

"...salvo algunas excepciones, son raras las materias que en su integridad pueden atribuirse al exclusivo interés de las Corporaciones locales (... y) de ahí que la cuestión de los ámbitos competenciales de los Entes locales deba tener en cuenta (...) (entre otros factores) la imposibilidad material, en todo caso, de la definición cabal y suficiente de las competencias locales".

Pues bien, el reflejo normativo de lo indicado por la exposición de motivos aludida, lo encontramos en los preceptos siguientes:

- El artículo 2.1 impone a la legislación sectorial (estatal o autonómica) el deber de asegurar a los municipios

"...su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan...".

- En correlación con ello, el párrafo segundo del mismo artículo 2 establece el deber de las Leyes básicas del Estado de

"...determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los Entes locales en las materias que regulen".

- Por su parte, el capítulo de la Ley dedicado a "Competencias"¹⁵¹, iniciado con el artículo 25, en su número

¹⁵¹ El capítulo III, del título II, denominado "Competencias", comprende los artículos 25 al 28 (el artículo 27 se refiere a las competencias que pueden ser delegadas en los municipios por el Estado, Comunidades Autónomas y otros entes públicos).

2 somete las competencias de los municipios a lo que determine la legislación estatal y autonómica, con la siguiente expresión:

"El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas...".

Apostillando el número 3 del mismo precepto que *"Sólo la ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2"*.

Esta previsión legal básica, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1994¹⁵²,

"...se mantiene en el terreno de la generalidad sin descender a la fijación detallada de competencias, tarea esta que queda deferida al legislador, estatal o autonómico, competente por razón de la materia."

La referida sentencia también hace alusión a lo dispuesto en el precepto anteriormente reseñado (art. 25.2), indicando que

"...las indicaciones generales del artículo 25.2 de la Ley 7/85 precisan de una concreción que ha de venir del legislador estatal o del autonómico, en los ámbitos de sus respectivas competencias¹⁵³".

¹⁵² Referencia RJ 1994\8986, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁵³ Como derecho transitoria, la Ley 7/1985 contemplaba que *"Hasta tanto la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas que se dicte de conformidad con lo establecido en los artículos 5, apartado B), letra a); (artículo) 25, apartado 2¹⁵³; y (artículo) 36 de esta Ley, no disponga otra cosa, los Municipios, las Provincias, y las Islas conservarán las competencias que les atribuye la legislación sectorial vigente en la fecha de entrada en vigor de esta Ley"*. Añadiendo en su párrafo segundo que *"Los Municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta Ley (se refiere a la*

Así mismo, el Tribunal Constitucional se manifiesta (sentencia antes referida, número 214\1989), respecto del indicado artículo 25.2 y 26 de la ley (este último precepto nos habla de los servicios mínimos a prestar por los municipios), expresando que

"...de acuerdo con los principios señalados, a las Entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar. Así se prevé para los municipios en los artículos 25.2 y 26 (...) ¹⁵⁴.

Ahora bien, -continúa señalando el Tribunal Constitucional-, *delimitada así la existencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las Entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida -y no podía ser de otra manera- a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ¹⁵⁵".*

- En cuanto al último de los artículos -el 28- del capítulo citado anteriormente, la sentencia, ya citada, número 214/1989, del Tribunal Constitucional, nos dice que

habilitación de los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a «sanidad y la protección del medio ambiente», entre otras), cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras Administraciones Públicas" (disposición transitoria segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

¹⁵⁴ Fundamento jurídico 3, apartado a), párrafo segundo, *in fine*.

¹⁵⁵ Fundamento jurídico 3, apartado a), párrafo tercero.

"...se configura como una cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que por imperativo de los artículos 2.1 y 25 de la Ley, el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones. Quiere decirse, pues, que esas «actividades complementarias» en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas..."¹⁵⁶.

4.- Competencias de los municipios andaluces en materia de salud pública.

En apartado anterior se trascribían las palabras del Tribunal Supremo, expresadas en su sentencia, ya referenciada, de 3 de noviembre de 1994, relativas a la necesidad de que las indicaciones generales del artículo 25.2 de la Ley 7/1985 precisaban de una concreción por parte del legislador estatal o del autonómico, según el ámbito de competencias de uno y otro.

Pues bien, la misma sentencia (fundamento jurídico tercero), nos ilustra aquella afirmación cuando, reproduciendo la sentencia del Tribunal Constitucional número 15\1989, de 26 de enero, dice que

"...las competencias y funciones que, en materia de protección y defensa de consumidores y usuarios (dentro de este ámbito queda incluida, así mismo, la

¹⁵⁶ Fundamento jurídico 12, párrafo a), de la sentencia del Tribunal Constitucional referenciada.

salud)¹⁵⁷, puedan corresponder a las Corporaciones Locales, se determinarán por la legislación estatal o por la legislación de las Comunidades Autónomas, según los casos (...), lo que significa que, dadas las competencias asumidas por las Comunidades(...) en la materia que nos ocupa, a ellas corresponderá esa función delimitadora, en los términos mismos en que han sido asumidas."

Lo que el Tribunal Constitucional tiene declarado y el Tribunal Supremo reproduce, como terminamos de leer, es, precisamente, lo que el legislador ordinario (primero el estatal y después el autonómico), ha llevado a cabo a través de la Ley General de Sanidad y de la Ley de Salud de Andalucía, respectivamente (disposiciones que después se examinarán).

4.1.- Competencias en la Constitución.

En el apartado 3.1 del presente capítulo hemos indicado que la Constitución, en sus artículos 148 y 149, no toma en consideración a los municipios a la hora de atribuir competencias, limitándose a conferir las a las Comunidades Autónomas y al Estado.

Ahora bien, ello necesita ser matizado, por cuanto, si bien, lo afirmado es aplicable cuando nos referimos al

¹⁵⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1994 (referencia 1994\8986, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), señala que la "defensa de los consumidores y usuarios" es un concepto "...de gran amplitud y de contornos imprecisos (sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 noviembre) dado su contenido pluridisciplinar: «la defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (artículo 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 CE, principalmente)»-sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 enero-".

sistema de reparto de competencias previsto por la Constitución en el título VIII (arts. 148 y 149), dedicado a la *"Organización Territorial del Estado"*; no podría decirse lo mismo respecto de la materia que nos ocupa (control de la sanidad o intervención pública en la salud), sobre la que trata el texto constitucional en preceptos distintos a aquellos que contemplan la referida atribución de competencias. Estamos pensando en los artículos 15, 43 y 51 de la Constitución.

Y no podría decirse lo mismo por cuanto de los reseñados artículos se deducen títulos competenciales que se dirigen, sin más, a los *"poderes públicos"*, lo que significa (con apoyo del apotegma jurídico *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*¹⁵⁸), que todos y cada uno de los poderes públicos existentes se encuentran comprendidos en la indicada expresión. Esto conlleva que, *ad exemplum*, el Tribunal Supremo¹⁵⁹, como ya ha sido expuesto, haya declarado que la *"...la facultad del Alcalde para ordenar tal decomiso y destrucción viene amparada, no sólo en el precepto constitucional citado..."* (art. 43 de la Constitución).

4.2.- Competencias en el Estatuto de Autonomía.

Ya se ha aludido a que el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía recoge, *ex novo*, una serie de materias sobre las que atribuye a los Ayuntamientos competencias que califica como propias de estas entidades locales, si bien *"...en los términos que determinen las leyes"*.

¹⁵⁸ *"Donde la Ley no distingue, tampoco debemos nosotros distinguir"*.

¹⁵⁹ Sentencia de 18 de diciembre de 1985 (ya referenciada). Sobre esta sentencia tendremos ocasión de volver más extensamente.

Entre las referidas materias, que se relacionan en el artículo 92.2¹⁶⁰ del indicado Estatuto, se encuentra la salud pública; precepto en el que se indica que los Ayuntamientos tienen competencia propia sobre

"h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública"¹⁶¹.

Se trata, pues, de una función de cooperación "con otras Administraciones" y no de la atribución competencial de la materia (del "todo"). No obstante, ir más lejos en la atribución de competencia propia a los municipios hubiese supuesto, posiblemente, cercenar el ya aludido desarrollo legislativo autonómico y sectorial, por cuanto al encontrarnos ante una materia cuya competencia es

¹⁶⁰ El contenido del artículo 92 es el siguiente: "1. El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad.

2. Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes:

a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial.

c) Gestión de los servicios sociales comunitarios.

d) Ordenación y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros.

e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales.

f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas.

g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz.

h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública.

i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública.

j) Defensa de usuarios y consumidores.

k) Promoción del turismo.

l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales.

m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público.

n) Cementerio y servicios funerarios.

ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes".

¹⁶¹ No subrayado en original.

compartida por los diferentes "poderes públicos" (art. 55.2 del Estatuto de Autonomía y arts. 43 y 51 de la Constitución), no se respetaría el marco jurídico de aplicación si se reservara a los municipios funciones concretas sobre la materia, las cuales sí pueden ser atribuidas si así lo dispone la ley autonómica ("*Sólo la Ley determina las competencias municipales...*" -dice el art. 25.3 de la Ley 7/1985).

4.3.- Competencias en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En el apartado 3.3 hemos tratado las competencias municipales, en general, y se han referenciado los artículos en las que aquéllas se recogen en la Ley 7/1985, lugar al que nos remitimos. *Hic et nunc*, corresponde hablar de las competencias específicas que nos afectan, como puede ser la consignada en la letra h) del artículo 25, en donde, después de indicar que "*El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas...*", recoge la materia relativa a "*Protección de la salubridad pública*¹⁶²".

En cuanto el propio texto legal nos remite (recordemos el art. 25.3) a la Ley para la determinación de las competencias, hemos de dirigirnos, a tal efecto, tanto a la Ley General de Sanidad como a la Ley de Salud de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la misma Ley.

¹⁶² Existen consignadas otras materias que pueden considerarse de carácter sanitario pero que no afectan a la cuestión planteada (intervención pública en la salud). De ellas podemos señalar "*abastos, mataderos*", "*defensa de usuarios y consumidores*" (si bien, ésta en parte), así como "*participación en la gestión de la atención primaria de la salud*" [letras g) e i), respectivamente, del art. 25].

Ahora bien, nuestra ubicación en las citadas disposiciones jurídicas formales no será sin antes recoger la doctrina que los Tribunales de Justicia manifiestan sobre las competencias previstas en la Ley 7/1985. *Ad exemplum*, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 febrero 1991¹⁶³:

"...la Ley de Bases de Régimen Local no contiene una reserva de competencias exclusiva a favor de los Ayuntamientos, sino que las ejercerá «en todo caso», «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas», debiendo de acudirse a ésta para decidir sobre la discutida competencia de la Entidad demandada en la materia objeto de la litis; y la aplicación conjunta de esta legislación, es decir, Ley General de Sanidad 14/86 y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/84 y Real Decreto 1945/83, conduce inexorablemente a determinar que la competencia para el control y vigilancia de cuantas acciones y situaciones se planteen en materias que afecten a la salud pública, a los derechos a la salud y a un medio ambiente adecuado, previsto con carácter general para los consumidores, corresponde en primer lugar al Estado, (...) a las Comunidades Autónomas, y después a los Ayuntamientos¹⁶⁴ con la fórmula de «a salvo» o «sin perjuicio» de las que correspondan a las demás Administraciones Públicas...".

¹⁶³ Referencia RJ 1991\1176, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁶⁴ No subrayado en original.

4.4.- Competencias en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de "bases y coordinación general de la sanidad" (art. 149.1.16ª de la Constitución) y ejerciendo esta competencia aprobó y publicó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que tiene carácter de norma básica en los términos previstos en su artículo 2.1.

En la disposición formal de la que tratamos, su artículo 42 (comprensivo del capítulo tercero, del título II, denominado "De las competencias de las Corporaciones Locales"), establece las competencias que la Ley atribuye a los municipios, de las que transcribimos aquellas que nos afectan:

"3. No obstante, los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios:

a) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.

b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y

centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportivas y de recreo.

d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte.

e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.

4. Para el desarrollo de las funciones relacionadas en el apartado anterior, los Ayuntamientos deberán recabar el apoyo técnico del personal y medios de las Áreas de Salud en cuya demarcación estén comprendidos.

5. El personal sanitario de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que preste apoyo a los Ayuntamientos en los asuntos relacionados en el apartado 3 tendrá la consideración, a estos solos efectos, de personal al servicio de los mismos, con sus obligadas consecuencias en cuanto a régimen de recursos y responsabilidad personales y patrimoniales¹⁶⁵.

Como se colige de lo transcrito, y en lo que aquí importa, la ley General de Sanidad nos presenta dos partes diferenciadas:

¹⁶⁵ Los números 1 y 2 del artículo 42 dicen así: "1. Las normas de las Comunidades Autónomas, al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones Territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local y la presente Ley. 2. Las Corporaciones Locales participarán en los órganos de dirección de las Áreas de Salud".

a) La primera, referida a la atribución a los Ayuntamientos de competencias de control ("*responsabilidades mínimas*"), sin que ello pueda perjudicar las competencias de otras Administraciones Públicas. Por ende, se nos pone de manifiesto: Por un lado, la competencia compartida con las demás Administraciones Públicas. Por otro lado, el mínimo competencial atribuido ha de ser respetado por las Comunidades Autónomas -como no podía ser de otra forma por la condición básica de la norma- y, a su vez, éstas pueden ampliar el indicado mínimo competencial en las leyes sectoriales que aprueben.

b) La segunda parte del precepto (números 4 y 5) se refiere al ente de auxilio técnico y, en su caso, de aportación de medios, al que han de dirigirse los Ayuntamientos para el ejercicio de las funciones que le son atribuidas. También se refiere al personal que ha de llevar a cabo tales funciones y a los medios que necesiten para tal fin.

Así, pues, La Ley General de Sanidad es clara en su expresión:

1) Los Ayuntamientos han de dirigirse (carácter imperativo, no opcional o dispositivo¹⁶⁶) a las Áreas de Salud¹⁶⁷ en cuya demarcación estén comprendidos para recabar el apoyo técnico del personal y los medios necesarios (art. 42.4).

2) El personal que preste apoyo a los Ayuntamientos (al cual nos referiremos más adelante), en las funciones o competencias de control atribuidas a los Ayuntamientos y en

¹⁶⁶ Carácter que, como veremos después, no es coincidente con el previsto en la Ley de Salud de Andalucía.

¹⁶⁷ A nivel estatal, las Áreas de Salud se encuentran reguladas en el capítulo tercero, del título III, artículos 56 a 69 de la Ley General de Sanidad.

tanto las estén desarrollando, son considerados como personal al servicio de éstos, si bien, en los aspectos indicados en el número 5 del precepto.

Finalmente, se ha de reflejar que la Ley no atribuye a los entes locales competencias en el ámbito sancionador, atribución que, como tendremos ocasión de comprobar, sí realiza la Ley de Salud de Andalucía (ampliación del antedicho mínimo competencial).

4.5.- Competencias en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

En el capítulo I, punto 5, dedicado a la *"Intervención Pública del Estado en la Salud..."*, analizábamos las competencias establecidas en esta ley orgánica señalando, entre otras cuestiones, que nos encontrábamos ante competencias atribuidas tanto a la Administración General del Estado, como a la Administración Autonómica y a la Administración Local.

A su vez, en el capítulo II, punto 6, dedicado a la *"Intervención Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Salud..."* se venía a referir, en esencia, el mismo discurso, remitiéndonos al capítulo y punto indicado en el párrafo anterior; reenvío que nuevamente se realiza aquí.

4.6.- Competencias en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Respecto a las competencias de los municipios, la exposición de motivos de la Ley hace una declaración de intenciones manifestando, en lo que nos importa, que se pretende *"...concretar el marco competencial en el seno de la*

Administración Local..." (apartado V, párrafo segundo); por otro lado, se refiere al título VI indicando -también en lo que nos afecta- que *"...es de destacar la potenciación del papel de los municipio en el marco de las competencias que legalmente les están ya atribuidas, posibilitando su participación y corresponsabilidad en los ámbitos de gestión..."* (párrafo octavo).

Sin más preámbulos, nos dirigimos hacia el capítulo III, título VI, denominado *"Competencias Sanitarias de los Municipios"*, comprensivo de los artículos 38 a 42. De estos preceptos, el artículo 38 contiene las indicadas competencias, que recogemos seguidamente, en lo que interesa; si bien, no sin antes reflejar que las mismas han de ser *"...ejercidas en el marco de los planes y directrices de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía"*. A saber -según el número 1 del citado artículo-:

"En materia de salud pública, los municipios ejercerán las competencias que tienen atribuidas, según las condiciones previstas en la legislación vigente de régimen local. No obstante, los municipios, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades en relación al obligado cumplimiento de las normas y los planes sanitarios:

a) *Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, ruidos, abastecimiento y saneamiento de aguas, residuos sólidos urbanos.*

b) *Control sanitario de industrias, actividades y servicios, y transportes.*

c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas y campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo.

d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de su transporte.

e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria¹⁶⁸”.

Se trata de competencias o funciones de control, como ya habíamos expresado en el punto 4.4, a) del presente capítulo, repitiendo la Ley andaluza las materias contempladas en el artículo 42.3 de la Ley estatal.

Además de las indicadas competencias, el capítulo que examinamos trata, no solo de las cuestiones contempladas en

¹⁶⁸ La letra f), última del número 1 del artículo 38, se refiere al “Desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos”.

El resto del indicado precepto dice así: “2. En materia de participación y gestión sanitaria, los municipios podrán:

a) Participar en los órganos de dirección y/o participación de los servicios públicos de salud en la forma que reglamentariamente se determine.

b) Colaborar, en los términos en que se acuerde en cada caso, en la construcción, remodelación y/o equipamiento de centros y servicios sanitarios, así como en su conservación y mantenimiento. En ningún caso, la colaboración o no de los municipios podrá significar desequilibrios territoriales o desigualdad en los niveles asistenciales.

c) En el caso de disponer de centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad municipal, establecer con la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, cuando así se acuerde por ambas partes, convenios específicos o consorcios para la gestión de los mismos.

d) Participar en la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios de cualquier otra titularidad, en los términos en que se acuerde en cada caso, y en las formas previstas en la legislación vigente.

e) Participar, en la forma en que se determine reglamentariamente, en la elaboración de los planes de salud de su ámbito”.

la Ley General de Sanidad (ente de auxilio¹⁶⁹, personal técnico y medios), sino que plantea o regula algunas diferentes. A saber:

a) El artículo 40 plantea dos situaciones distintas que, efectivamente, se reproducen en la realidad institucional, con la siguiente redacción:

"1. Cuando el desarrollo de las funciones sanitarias lo requiera, los municipios podrán disponer de personal y servicios sanitarios propios para el ejercicio de sus competencias.

2. Los municipios donde el desarrollo de tales funciones no justifique que dispongan de personal y servicios propios deberán recabar el apoyo técnico del personal y medios de las áreas de salud en cuya demarcación estén comprendidos".

En el campo de las diferencias, diremos que la Ley General de Sanidad establecía, sin más distinción, que los Ayuntamientos tenían que dirigirse a las Áreas de Salud.

Sin embargo, como hemos observado, la Ley de Salud de Andalucía contempla, al efecto, dos situaciones distintas:

1) Que los municipios dispongan de personal y servicios propios: supuesto en el que no necesitan recabar el apoyo técnico del personal y de medios de las Áreas de Salud (art. 40.1).

¹⁶⁹ Se designa como ente en cuanto el Área de Salud no está personificada o representada por un órgano, como observaremos después.

2) Que los municipios no dispongan de personal y servicios propios: supuesto en el deberán recabar (también carácter imperativo) el apoyo técnico del personal y de medios de las Áreas de Salud (art. 40.2).

Ahora bien, independientemente de lo dicho, pero, a su vez, relacionado con ello, debemos conocer que el Sistema Sanitario Público de Andalucía se organiza en ocho demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud, cuya delimitación territorial coincide con las ocho provincias andaluzas (art. 47.1, *ab initio*, de la Ley 2/1998 y art. 12 del Decreto 259/2001, de 27 de noviembre¹⁷⁰). Por ende, cada provincia andaluza, territorialmente hablando, se conforma como Área de Salud.

A su vez, la estructura de gestión del Área de Salud es la Delegación Provincial (art. 13 del Decreto 259/2001), "órgano" a cuyo frente figura un Delegado Provincial (art. 2 de igual Decreto y art. 2.6 del Decreto 241/2004, de 18 de mayo¹⁷¹). En consecuencia, al determinarse el Área de Salud sin organización propia o específica y residenciar su gestión en las Delegaciones Provinciales, es a éstos órganos a los que los municipios, en su caso, han de dirigirse para recabar el apoyo que necesiten en el desarrollo de sus funciones o competencias sanitarias¹⁷².

¹⁷⁰ Decreto por el que se "...determina las competencias y estructura de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, delimita las Áreas de Salud y establece las normas reguladoras de los Consejos de Salud de Área" (BOJA número 148, de 27 de diciembre; referencia LAN 2001\466, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

¹⁷¹ Por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA número 99, de 21 de mayo. Referencia 2004\303, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

¹⁷² A efectos de completar la estructura y organización de las Áreas de Salud, se ha de tener en cuenta que "...cada Área de Salud se divide territorialmente en zonas básicas de salud (art. 49, *in fine*, de la Ley 2/1998), siendo éstas "...el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud..." (art. 50.1 de la Ley 2/1998 y art. 4, *ab initio*, del Decreto de 3 de julio de 2007, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de la salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud). Atención primaria que cuenta con los Distritos de Atención

b) El artículo 41 de la Ley de Salud de Andalucía no difiere en su esencia del artículo 42.5 de la Ley General de Sanidad, salvo en lo que afecta a su adaptación a esta Administración Pública. Así dice:

"El personal sanitario de la Administración de la Junta de Andalucía que preste apoyo a los municipios en los asuntos relacionados en este capítulo tendrá la consideración, a estos solos efectos, de personal al servicio de los mismos, con sus obligadas consecuencias en cuanto a régimen de recursos y responsabilidades personales y patrimoniales".

Hemos de entender, por ende, que en el ejercicio de las funciones de apoyo a los Ayuntamientos a solicitud de éstos (no en supuesto distinto), el vínculo del personal sanitario, formado por una relación orgánica y otra de servicio, se subdivide, quedando la primera inmodificada y la de servicio pasa a ser sustituida, en los términos expuestos en la Ley, por el Ayuntamiento de que se trate (de la referida doble relación se disertará en el capítulo I, del título III, apartado II).

c) El artículo 39 de la Ley atribuye, *ex novo*, a los municipios, de acuerdo a las competencias autonómicas, la facultad de aprobar disposiciones sanitarias, en los términos siguientes:

"Los municipios, para el cumplimiento de las competencias y funciones sanitarias de las que son titulares, adoptarán disposiciones de carácter

Primaria como órgano de "...planificación, gestión y apoyo ..." (art. 53 de la citada Ley), y que "...constituye las estructuras organizativas para la planificación operativa, dirección, gestión y administración en el ámbito de la atención primaria..." (art. 3, del citado Decreto de 3-07-2007).

sanitario que serán de aplicación en su ámbito territorial".

El artículo 55 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local¹⁷³, contempla que las Entidades locales, en la esfera de su competencia, podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos, y los Alcaldes dictar Bandos, con la limitación de que, en ningún caso, pueden contener preceptos opuestos a las leyes.

d) Finalmente, el artículo 42 de la Ley contempla la posibilidad de delegación a los municipios en materia sanitaria, al señalar que *"El Gobierno de Andalucía podrá delegar en los municipios el ejercicio de cualesquiera funciones en materia sanitaria, en las condiciones previstas en la legislación de régimen local y en la Ley 3/1983, de 1 de junio, de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma¹⁷⁴".*

En la actualidad (a la fecha de promulgación de la Ley 2/1998, de 15 de junio, el Estatuto de Autonomía por entonces vigente no hablaba de delegación de competencias en los Ayuntamientos), el artículo 93 del Estatuto de Autonomía en vigor regula la referida delegación -también la transferencia- de competencias, en los términos siguientes:

"1. Por ley, aprobada por mayoría absoluta, se regulará la transferencia y delegación de

¹⁷³ BOE, número 96, de 22 abril 1986. Referencia RCL 1986\1238, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁷⁴ Referencia LAN 1983\886, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

competencias en los Ayuntamientos siempre con la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla y de acuerdo con los principios de legalidad, responsabilidad, transparencia, coordinación y lealtad institucional, quedando en el ámbito de la Junta de Andalucía la planificación y control de las mismas.

2. Las competencias de la Comunidad de Andalucía que se transfieran o deleguen a los Municipios andaluces, posibilitando que éstos puedan seguir políticas propias, deberán estar referidas sustancialmente a la prestación o ejercicio de las mismas. La Comunidad seguirá manteniendo, cuando se considere conveniente, las facultades de ordenación, planificación y coordinación generales”.

4.7.- Competencias en la Ley 13/2003, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

En materia de intervención pública en la salud, la epigrafiada Ley 13/2003, de 17 de diciembre, tiene en cuenta a los municipios andaluces a la hora de distribuir las correspondientes competencias, como veremos seguidamente.

En correspondencia con lo expresado, el artículo 97 de la reseñada Ley, después de advertir que las competencias de los municipios se establecen “Sin perjuicio de las competencias autonómicas...”, nos dice que “...corresponde a los municipios andaluces velar en sus respectivos territorios por la protección de los consumidores y, en particular”:

"f) La Inspección de Consumo con el alcance máximo y facultades establecidos en esta Ley".

"g) La adopción de medidas no sancionadoras para garantizar los derechos e intereses de los consumidores en los casos, formas y condiciones señalados en la Ley".

"h) El ejercicio de la potestad sancionadora respecto a las infracciones localizadas en su territorio según lo establecido en esta Ley".

"i) Instar la actuación de los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía cuando no tengan competencias o recabar los medios necesarios para ejercerlas".

Seguidamente, el número 2 del indicado artículo 97 dirige un mandato a la Administración autonómica: que coopere *"...con los municipios para que puedan ejercer adecuadamente sus competencias en la materia"*.

4.8.- Competencias atribuidas vía Reglamentos.

Si el Parlamento de Andalucía le atribuyó a los municipios las competencias expuestas en el punto inmediato anterior, la Junta de Andalucía y, en concreto, su Consejo de Gobierno, lo viene haciendo en determinadas materias a través de Decretos y Órdenes de la Consejería de Salud.

Como ejemplo de ello, reseñamos algunas de las fuentes normativas que atribuyen a los municipios competencias en materia de salud pública:

a) Decreto 287/2002, de 26 noviembre¹⁷⁵, por el que se establece medidas para el control y la vigilancia higiénico-sanitarias de instalaciones de riesgo en la transmisión de la legionelosis y crea el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de Andalucía; que atribuye a los municipios, en su artículo 6, competencias *"...para inspeccionar, evaluar y aplicar medidas encaminadas a la prevención de la legionelosis, de acuerdo con las competencias sanitarias atribuidas a los Municipios en el artículo 38 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía..."*. De esta atribución se excepciona: "a) Los centros sanitarios públicos gestionados por empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho no incluidas en el apartado 1.b) de este artículo, así como los centros sanitarios privados, en cuyo caso la competencia corresponderá a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud".- "b) Los centros sanitarios dependientes del Servicio Andaluz de Salud, en los que la competencia corresponderá a su Dirección-Gerencia".- "c) Las unidades, centros y organismos militares en los que la competencia corresponde a los órganos competentes del Ministerio de Defensa, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional única del Real Decreto 909/2001, de 27 de julio"¹⁷⁶.

Ahora bien, además de las excepciones indicadas el número 2 del citado artículo 6 indica que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud ordenará las visitas de inspección que procedan, con el fin*

¹⁷⁵ Referencia LAN 2002\553, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁷⁶ En la actualidad este Reglamento se encuentra derogado por el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, por el que se establece los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis.

de supervisar el cumplimiento de lo regulado en este Decreto y en el Real Decreto 909/2001, de 27 de julio¹⁷⁷".

b) Decreto 189/2001, de 4 septiembre¹⁷⁸, por el que se regula los planes de formación de los manipuladores de alimentos y el régimen de autorización y registro de empresas y entidades que imparten formación en materia de manipulación de alimentos; cuyo artículo 3.1 nos dice que "Los planes de formación de las empresas del sector alimentario, se presentarán durante la tramitación de la autorización sanitaria de funcionamiento, para aquellas industrias que hayan de inscribirse, de acuerdo con la normativa vigente, en el Registro General Sanitario de Alimentos y durante la tramitación de la licencia municipal de apertura, para las restantes; siendo aprobados los mismos por los órganos de control sanitario oficial de alimentos dependientes de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía y de los Ayuntamientos¹⁷⁹, con la concesión de la autorización o licencia solicitada".

A su vez, el artículo 4.1 del mismo Reglamento nos indica que el control de los programas y actividades desarrolladas por las empresas alimentarias, como parte del plan de formación, "...se llevará a cabo por los Órganos encargados del control sanitario oficial de alimentos, dependientes de los Distritos Sanitarios de Atención Primaria, de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud y de los Ayuntamientos¹⁸⁰, en su caso".

¹⁷⁷ *Idem* nota anterior.

¹⁷⁸ Referencia LAN 2001\366, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

¹⁷⁹ No subrayado en original.

¹⁸⁰ No subrayado en original.

Así mismo, en el ámbito de la actividad de control, los municipios también reciben expresas competencias por parte del Decreto que nos ocupa, según su artículo 5: "*La verificación del plan de formación de las empresas alimentarias, se realizará por los Órganos encargados del control sanitario oficial de alimentos, dependientes de los Distritos Sanitarios de Atención Primaria, de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud y de los Ayuntamientos*¹⁸¹, en su caso, y la misma se llevará a cabo mediante la constatación de la realización de las prácticas correctas de higiene, para que con ello los manipuladores de alimentos apliquen los conocimientos adquiridos".

c) Decreto 194/1998, de 13 octubre¹⁸², Reglamento sobre vigilancia higiénico-sanitaria de las aguas y zonas de baño de carácter marítimo; cuyo artículo 5 nos habla de medidas de protección de la salud y, en aras de esa finalidad, le impone a los municipios una serie de obligaciones, que como tales no dejan de ser actuaciones que han de llevar a cabo cuando concurran determinadas circunstancias y, por ende, también competencias a desarrollar: "*1. En cada uno de los accesos directos a las aguas y zonas de baño, los Municipios vendrán obligados a señalar, el equipamiento de servicios públicos y las posibles limitaciones de uso que puedan existir, conforme a lo establecido en la normativa vigente*".

¹⁸¹ No subrayado en original.

¹⁸² Referencia LAN 1998\371, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

En cuanto a la prohibición del baño o recomendación de no bañarse que, en su caso, pudiera adoptarse por el correspondiente Delegado Provincial de la Consejería de Salud [según el artículo 5, número 2, letra a)¹⁸³], se atribuyen a los municipios: "b)(...)señalizar la prohibición de baño de acuerdo con lo establecido en la normativa de aplicación, y mantener dicha señalización hasta tanto el Delegado Provincial de la Consejería de Salud no comunique la desaparición del riesgo sanitario".

En cuanto a la clausura de la zona de baño, el artículo 5.3 viene a indicar que "Si por las autoridades sanitarias se apreciara la existencia de riesgo sanitario grave, derivado de la presencia de productos tóxicos en el agua o arena, o la aparición de otras circunstancias que así lo aconsejen, el Delegado Provincial de la Consejería de Salud, podrá acordar la clausura de la zona de baño, comunicándolo a los respectivos Municipios, que adoptarán las medidas oportunas para su ejecución. Desaparecidas las causas que motivaron la clausura, la reapertura de la zona de baño deberá ser acordada por el citado Delegado Provincial" (también atribuye a los municipios afectados una obligación-competencia más: dar "...publicidad adecuada al informe previsto en el artículo anterior¹⁸⁴ y a sus

¹⁸³ El artículo 5.2, a) contempla esta situación de la forma siguiente: "Cuando las aguas de baño no se ajusten a los imperativos de calidad exigibles para la protección de la salud pública, o se detecten vertidos de aguas residuales en las aguas o zonas de baño que puedan implicar riesgos para la salud de los usuarios, el Delegado Provincial de la Consejería de Salud podrá establecer una prohibición de baño o recomendación de no bañarse, según las circunstancias y magnitud del problema, comunicándolo de oficio a los Municipios correspondientes".

¹⁸⁴ El artículo 12 contempla lo siguiente: "1. Antes de que comience la temporada de baño, la Consejería de Salud elaborará y hará público un informe en el que se recoja la situación higiénico-sanitaria de las aguas y zonas de baño.

2. Quincenalmente, durante la temporada de baño, se actualizará este informe en base a los resultados analíticos e incidencias sanitarias recogidos periódicamente por la ejecución del Programa Anual de Actuaciones.

3. El informe inicial y sus respectivas actualizaciones se comunicarán a los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía".

actualizaciones, que asimismo deberán ser facilitados a cuantos usuarios lo soliciten").

d) Por último, el Decreto 23/1999, de 23 febrero¹⁸⁵, que aprueba el Reglamento Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo, nos habla (art. 28) sobre las concesiones de las licencias municipales para la construcción o reforma de las piscinas de uso colectivo, condicionándolas a la existencia de un informe sanitario favorable del Delegado Provincial de la Consejería de Salud; al mismo tiempo que señala lo siguiente: "2. La inactividad de las piscinas por un período de tiempo superior a seis meses requerirá la concesión por parte del Ayuntamiento competente, por razón de su ubicación, de la correspondiente licencia de reapertura, que requerirá el informe sanitario favorable del Delegado Provincial de la Consejería de Salud".- "3. El informe citado en los apartados anteriores se solicitará por el Ayuntamiento a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, quien en el plazo de un mes deberá emitir informe sanitario. Si al vencimiento del plazo no se ha evacuado informe, se entenderá favorable.- "4. Con anterioridad a la fecha prevista de apertura o reapertura al público, los Municipios darán cuenta a las correspondientes Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud o a los Servicios Sanitarios de Atención Primaria de las licencias concedidas, a fin de su inclusión en los programas de inspección correspondientes".

Para concluir, señalar que del artículo 29 se deduce la facultad de inspección que tienen los municipios al respecto. Nos dice lo siguiente: "Sin perjuicio de las competencias de inspección que tienen atribuidas las Entidades Locales u otros órganos administrativos, la

¹⁸⁵ Referencia LAN 1999\94, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud supervisará el cumplimiento de lo regulado en el presente Reglamento y ordenará las visitas de inspección que procedan, con el fin de comprobar el estado sanitario de las instalaciones y el funcionamiento de los servicios".

e) Decreto 95/2001, de 3 abril¹⁸⁶, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, cuyo artículo 2.1 establece el criterio sobre el ejercicio de las competencias que atribuye el propio Reglamento a la Consejería de Salud y a los municipios andaluces: "1. *Las competencias administrativas en materia de policía sanitaria mortuoria corresponden a la Consejería de Salud y a los municipios, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/1998 de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y serán ejercidas en cada caso por el órgano o entidad a los que este Reglamento se las atribuya".*

Por su parte, el artículo 37 nos habla de la construcción, ampliación y reforma de los cementerios públicos, expresando que "La aprobación de los proyectos de construcción, ampliación y reforma de cementerios públicos o privados se realizará mediante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, instruido por los municipios u órganos mancomunados y resuelto por las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud".

4.9.- El llamado "régimen de excepción".

Sirva de entrada aclarar que, como su propia denominación nos sugiere, se trata de un régimen

¹⁸⁶ Referencia LAN 2001\164, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

excepcional de los servicios de "*Beneficencia y Sanidad*" que, por la época de su creación, prestaban las provincias.

A dicho régimen se acogieron algunos municipios, capitales de provincia, que insertaba a los sanitarios locales en el sistema común estatutario de los funcionarios de la Corporación Municipal correspondiente como integrantes de Cuerpos propios de la misma. En Andalucía se acogieron al régimen excepcional varias provincias, que, incomprensiblemente (como si aquel régimen se hubiese prolongado en el tiempo), aún continúan manteniéndose.

4.9.1. Antecedentes y origen del régimen de excepción.

La Ley de Sanidad de 25 de noviembre de 1944, en su Base vigésima, contemplaba los Institutos Provinciales de Sanidad¹⁸⁷, como órganos encargados de la "*función técnico-sanitaria en las provincias*", bajo la dirección del Jefe Provincial de Sanidad (se admitía, previa autorización, la posibilidad de que provincias limítrofes pudieran mancomunarse, en todo o en parte, para la constitución de sus Institutos).

Cada Instituto Provincial de Sanidad tenía que prestar un cierto número de servicios¹⁸⁸. Servicios que la Ley enumeraba y que podía modificar o ampliar según las

¹⁸⁷ Los Institutos Provinciales de Sanidad fueron suprimidos por Decreto 2149/1967, de 19 de agosto, y sus funciones asumidas por las Jefaturas Provinciales de Sanidad y Servicios correspondientes del por entonces Ministerio de la Gobernación.

¹⁸⁸ Para aquellos servicios de los Institutos Provinciales de Sanidad que pudieran ser utilizados en una labor docente, se establecía que funcionarían en relación con las Facultades de Medicina, Farmacia y Veterinaria.

necesidades sanitarias y la capacidad económica de cada provincia¹⁸⁹.

Para el cumplimiento de los fines atribuidos a los Institutos Provinciales de Sanidad, esto es, para el funcionamiento de los servicios anteriormente aludidos, éstos contaban como ingresos en sus presupuestos con las siguientes de cantidades provenientes de los presupuestos municipales y aportaciones de las Diputaciones Provinciales¹⁹⁰.

La Base vigésimo segunda de la citada Ley de Sanidad inicia su primer párrafo diciendo que en cada provincia existiría una Mancomunidad Sanitaria de Municipios¹⁹¹ que tendría "*como finalidades principales*" "*El pago a los funcionarios sanitarios que no perciban sus haberes por el Presupuesto general del Estado*" y el "*sostenimiento de los Institutos Provinciales de Sanidad*".

Como podemos constatar, y ello es importante, la constitución o creación de las Mancomunidades Sanitarias de Municipios tenían un fin principal de carácter económico¹⁹².

¹⁸⁹ Los servicios que los Institutos Provinciales de Sanidad debía tener en funcionamiento, según la Ley de Sanidad, eran los siguientes: "*a) Sanidad exterior en las provincias marítimas o fronterizas. b) Epidemiología. c) Análisis higiénico-sanitario. d) Higiene infantil, escolar y maternología. e) Tuberculosis. f) Dermatología e higiene social. g) Veterinaria. h) Especialidades clínicas al servicio de las Secciones mencionadas. i) Hematología. j) Saneamiento e higiene de la vivienda. k) Servicio de desinfección y desinsectación. Pabellón de aislamiento y lazareto. l) Servicio de transporte de enfermos. Estos servicios podrán completarse con los de Paludismo, Higiene del Trabajo e industrial, Arquitectura e Ingeniería sanitaria, Higiene mental y otras que autorice el Ministerio de la Gobernación.*"

¹⁹⁰ Las aportaciones recibidas eran las siguientes: "*Con el 2 por 100, como máximo, del importe del presupuesto ordinario de ingresos de los presupuestos municipales de su jurisdicción, con las aportaciones de las Diputaciones provinciales y con las que el Estado les asigne, para completar sus medios de acción. Las poblaciones de más de cien mil habitantes contribuirán con la cuota que les fije el Ministerio de la Gobernación en relación con los servicios complementarios que deba prestarles la Mancomunidad, oyendo previamente a los Municipios interesados.*"

¹⁹¹ Las Mancomunidades Sanitarias fueron suprimidas por Decreto 2149/1967, de 19 de agosto, y sus funciones atribuidas a los Ayuntamientos.

¹⁹² En este orden de cosas, la indicada Base vigésimo segunda, en su segundo párrafo, se ocupa de indicar la constitución de los fondos de las Mancomunidades, los cuales provendrían: "*1º De las consignaciones*

Pues bien, la pertenencia a la respectiva Mancomunidad Sanitaria de Municipios se establecía como obligatoria, si bien, el último párrafo de la Base vigésimo segunda, contemplaba la posibilidad de "eximir de pertenecer a las Mancomunidades a aquellas capitales de más de cien mil habitantes que demuestren tener bien organizados sus servicios". Dicho párrafo continúa señalando que el "régimen de excepción¹⁹³" (primera ocasión en que aparece esta expresión) "sería temporal, no mayor de cinco años, renovable, y no llevará aparejada exención de contribuir a los fines de la Mancomunidad en la cuantía que acuerde el Ministerio de la Gobernación, oyendo a las Direcciones Generales de Administración Local y de Sanidad y Ayuntamientos interesados."

El Decreto de 27 de noviembre de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, se refiere al régimen de excepción en su artículo 3 indicando que "Queda excluido de los preceptos de este Reglamento el personal de los Municipios capitales de provincia o populosos expresamente exceptuados o que se exceptúen en lo sucesivo por tener Cuerpos propios para el cumplimiento de las funciones de Beneficiencia y Sanidad" (número uno). Y añadía que "Los Municipios exceptuados serán excluidos de la Mancomunidad sanitaria provincial, a los efectos del pago de haberes al personal" (número tres). Finalmente, indicaba que "En dichos Municipios el personal de los servicios sanitarios quedará sometido al régimen de funcionarios de la Administración

presupuestarias correspondientes a las dotaciones de todos los sanitarios municipales de la provincia. 2º De las cantidades correspondientes al tanto por ciento señalado a cada Municipio para el sostenimiento de los Institutos Provinciales de Sanidad".

¹⁹³ No subrayado en original.

Local, salvo en lo relativo a provisión de vacantes..."
(número cuatro).

4.9.2.- Regulación del régimen de excepción.

Con fecha 31 de enero de 1955¹⁹⁴ se aprueba la Orden que regula el "régimen de excepción de Ayuntamientos"¹⁹⁵, cuyo contenido se inicia señalando que "El régimen de excepción previsto en las Bases XXII y XXIV de la Ley de Sanidad de 25 de noviembre de 1944 y en el artículo tercero del Reglamento de 27 de noviembre de 1953, comprenderá:

"a) La exención de pertenecer a la Mancomunidad sanitaria provincial"¹⁹⁶.

"b) La exclusión del régimen de los Cuerpos generales sanitarios"¹⁹⁷.

"c) La posibilidad de organizar los servicios benéficos y sanitarios del Municipio en forma peculiar".

Pues bien, aquello que asoma al exterior en la actualidad se deriva, precisamente, del contenido de la letra c) reseñada anteriormente y de lo dispuesto en el artículo 5º de la propia Orden, en el que, redundando en la organización, se indicaba que "La organización de los servicios benéficos y sanitarios podrán adoptar

¹⁹⁴ Boletín Oficial del Estado número 47, de 16 de febrero de 1955.

¹⁹⁵ No subrayado en original.

¹⁹⁶ El artículo de la Orden de 31 de enero de 1955 se indica que "La exención de pertenecer a la Mancomunidad sanitaria provincial no eximirá de contribuir a los fines de la misma por los servicios complementarios que ésta pueda prestarles, mediante las cuotas que este Ministerio señalará en cada caso...".

¹⁹⁷ En el artículo tercero de la Orden se contemplan las características que tienen los Cuerpos generales sanitarios en el régimen de exclusión.

peculiaridades encaminadas a su más eficaz rendimiento, siempre que, en todo caso, se cumplan las condiciones siguientes:

a) La amplitud e intensidad de los servicios y su eficiencia y calidad nunca serán inferiores a las previstas en el Reglamento de 27 de noviembre de 1953 para los Municipios en general, y siempre habrán de estar debidamente atendidas las obligaciones sanitarias mínimas.

b) Habrá de evitarse cualquier interferencia entre las funciones correspondientes a las distintas ramas y especialidades sanitarias, que con la fidelidad posible se ajustarán a lo prevenido en los artículos 32 a 56 del citado Reglamento.

c) Los gastos globales para atenciones benéfico-sanitarias nunca serán inferiores al 5 por 100 del presupuesto ordinario de gastos.

d) En todo caso, habrán de establecerse y funcionar en forma reglamentaria la Jefatura de Sanidad Local y el Consejo Municipal de Sanidad, a tenor de lo previsto en la Base XXIV de la Ley de Sanidad."

La regulación del régimen de excepción de los municipios no concluía en lo expuesto, sino que se sometía a otros requisitos. A saber:

a) En cuanto a su concesión: Su artículo 10, ab initio, contemplaba que "El Ministerio, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, resolverá conceder o no, según proceda, el régimen de excepción,

mediante Orden ministerial que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado".

b) En cuanto a su inspección: Su artículo 6º establecía que *"Los servicios sanitarios y benéficos de los Municipios exceptuados quedarán sometidos en todo momento a la alta inspección de la Dirección General de Sanidad".*

c) En cuanto a su extinción: El artículo 10, *in fine* reservaba al Ministerio *"la facultad de reintegrar al Ayuntamiento al régimen común en cualquier momento, si el funcionamiento autónomo de los servicios no respondiese a las condiciones exigibles".*

CAPÍTULO IV
DEL
TÍTULO II

LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD Y LA
JURISPRUDENCIA: ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA,
COMPARTIDA O CONCURRENTE?

1.- Introducción.

La posición de la jurisprudencia en la materia que nos ocupa se ha venido manteniendo de forma indubitada a través del tiempo, como podremos constatar a lo largo del presente capítulo.

2.- Recorrido legislativo a través de la doctrina del Tribunal Supremo.

De entre las diversas sentencias que tratan la interrogante planteada (¿competencia exclusiva, compartida o concurrente?), la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 17 de diciembre de 1986¹⁹⁸, se refiere a los antecedentes jurídico-históricos de la materia, arrancando de la Ley de Sanidad de 25 de noviembre de 1944¹⁹⁹ hasta la fecha en que fue dictada la propia sentencia (data posterior a la aprobación de la Ley General de Sanidad).

2.1.- Dificultad para deslindar, desde su origen, la competencia de las Administraciones Públicas.

El Tribunal Supremo, en el considerando quinto de la citada sentencia de 17 de diciembre de 1986, se refiere a la dificultad que representa intentar separar las

¹⁹⁸ Referencia RJ 1987\1548, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi

¹⁹⁹ Referencia RCL 1944\1611, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

competencias atribuidas a las Administraciones Públicas sobre la materia que nos ocupa. Así nos dice que

"...desde hace aproximadamente cuarenta años en que se publicó la Ley de Bases para la Sanidad de 25 de noviembre de 1944, aparece difícil deslindar los campos de competencia funcional²⁰⁰ entre las distintas Administraciones Públicas en este servicio público, ya que si bien la Base única del título Preliminar expresaba como principio general que «incumbe al Estado el ejercicio de la función pública de Sanidad» y que «en la consecución de los fines de esta función será ayudado por las Corporaciones Públicas, Organismos paraestatales y del Movimiento y por las entidades particulares, bajo la ordenación, inspección, vigilancia y estímulo de los organismos sanitarios dependientes del Estado», la Base 24, referida a la Sanidad Municipal, establecía, con aparente contradicción con el principio general, que «corresponde a los Alcaldes o por su delegación a los Jefes Locales de Sanidad, el cumplimiento de las disposiciones sanitarias, tanto de carácter general, como específicas de su propio Ayuntamiento», razón de ambigüedad y confusión por la que la posterior Ley 56/1969²⁰¹ de reestructuración de Cuerpos Sanitarios, derogó expresamente en su artículo 5º "...los preceptos contenidos en la base 24 de la Ley de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 en cuanto se refieren a los Cuerpos Sanitarios Locales".

²⁰⁰ Aquella que no es territorial ni jerárquica (igual sentencia, Fundamento Jurídico cuarto).

²⁰¹ Referencia RCL 1944\1611, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

2.2.- Mantenimiento en la legislación posterior de la dificultad del deslinde de competencias.

Con las modificaciones legislativas posteriores a la Ley de Bases para la Sanidad, la dificultad que presentaba esta disposición para el deslinde de las competencias sobre la materia, se mantiene entre la Administración estatal y la Administración local, como se pone de manifiesto en el siguiente considerando sexto de la susodicha resolución judicial:

"Que tampoco desapareció la imprecisión legal sobre la concreción de los límites entre la competencia estatal y la de la Administración Local en la materia del servicio público de Sanidad, con la publicación de la Ley de Bases de Régimen Local y su articulación en el Texto Refundido publicado por Decreto de 24 de junio de 1955²⁰², pues las Bases incluían en la competencia municipal fines sanitarios determinados e indeterminados: «salubridad e higiene», lo que pasó con la misma imprecisión al texto Refundido [artículo 101.2. c) y d)], como tampoco aclaró el ámbito concreto de una y otra competencia en dicho servicio público, el Decreto de 27 de noviembre de 1953²⁰³ que promulgó el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, puesto que en su artículo 1.º, de su título Preliminar, se limitó a decir que «la Sanidad Pública, como función social del Estado, estará a cargo de los Organismos y Autoridades que determina la Ley de Bases de Sanidad Nacional», añadiendo a continuación que «en la esfera local, las Diputaciones y Ayuntamientos, sin distinción, como

²⁰² Referencia RCL 1956\74 y 101, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

²⁰³ Referencia RCL 1954\1505, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

organismos cooperadores o complementarios de la acción estatal, tendrán organizados los servicios previstos en dicha Ley, en la de Régimen Local y demás disposiciones vigentes» (...).

2.3.- Idem, respecto del período preconstitucional y postconstitucional.

La ausencia de concreción o delimitación de las competencias entre Administraciones Públicas no sufre variación alguna con el devenir del tiempo y de las modificaciones legislativas. Así continúa manifestándolo el Tribunal Supremo en el indicando considerando sexto:

"...sin que esta indeterminación respecto a las competencias estatales y locales en materia de Sanidad, haya desaparecido en los períodos preconstitucional y postconstitucional, pues en lo que respecta al primero de ellos, si bien la Exposición de Motivos (párrafo VIII) de la Ley 41/1975 de 19 de noviembre²⁰⁴, de Bases del Estatuto de Régimen Local, decía que «frente a criterios de exclusividad hay que defender la colaboración entre las esferas administrativas, y por ello sin perjuicio de deslindar la competencia municipal y la estatal, se determinarán los supuestos de competencia concurrente, compartida y la colaboración entre ambas», la Base 8.8.3, se limitaba a enumerar, entre las materias a las que, dentro de su competencia, dedicarán los Municipios una atención preferente, las de «saneamiento» y «sanidad e higiene», sin más precisiones y su número 4, se reducía a reproducir la declaración de intenciones de la Exposición de

²⁰⁴ Referencia RCL 1976\327, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

Motivos respecto al deslinde de ambas competencias y determinación de los supuestos de competencias concurrentes y compartidas; y en lo que respecta al segundo período: el postconstitucional, ninguna de las numerosas disposiciones dictadas para la Administración Local, ha realizado aquella declaración de intenciones".

2.4.- Calificación de "competencias compartidas" atribuida por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que estamos, *ex tunc*, ante una materia cuyas competencias han sido atribuidas de forma compartida entre las distintas Administraciones Públicas, esto es, -en la actualidad- Administración estatal, autonómica y municipal. Así concluye en el considerando séptimo de la repetida sentencia:

"Que del conjunto de tales básicas disposiciones, hay que deducir que puesto que el servicio público de sanidad está atribuido en el ámbito territorial municipal al Estado y a los Ayuntamientos, sin una concreción de las parcelas o materias de dicho servicio público que corresponden a una y a otra Administración pública, por lo que se trata de competencias compartidas e inconcretamente distribuidas y no de competencias concurrentes²⁰⁵ como estima el Ayuntamiento demandante..."

²⁰⁵ No subrayado en original.

2.5.- Doctrina formulada en el marco de la legislación local.

Ahora bien, no es la primera sentencia del Tribunal Supremo que nos habla de competencias compartidas, sino que nos encontramos ante un criterio o afirmación que dicho Tribunal mantenía con anterioridad al dictado de la resolución fechada el 17 de diciembre de 1986, partiendo del examen de las competencias atribuidas a los Ayuntamientos en su régimen jurídico específico de 1945. Ejemplo de ello puede ser la sentencia del mismo Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 1982²⁰⁶, en donde podemos leer:

"...poseen los Ayuntamientos atribuciones en materia de policía de abastos, inspección higiénica de alimentos, apartados c) y d), del párrafo 2, del artículo 101, de la Ley de Régimen Local²⁰⁷, pero aún en estos supuestos la competencia no es exclusiva, sino compartida²⁰⁸ con órganos estatales periféricos(...) que diluyen o al menos hacen difícil residenciar las atribuciones y subsiguientes responsabilidades".

²⁰⁶ Cuarto Considerando. Referencia RJ 1982\2121, correspondiente a la base de datos de legislación de Aranzadi.

²⁰⁷ En la fecha de los hechos, la norma local en vigor era el texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955. Por ende, a partir de la vigencia de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, la referencia normativa realizada por el texto transcrito se correspondería con el artículo 25.2, fundamentalmente con la letra h), de esta última disposición formal..

²⁰⁸ No subrayado en original.

3.- Perseverancia del Tribunal Supremo en el carácter compartido de la competencia.

Desde otro plano o perspectiva se manifiesta la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 9 de febrero de 1991²⁰⁹, que trata, igualmente, de la temática objeto del presente epígrafe y que se considera ilustrativa de la cuestión que nos ocupa. En concreto, después de hablar sobre el control sanitario como servicio público, nos dice²¹⁰:

"...siendo, el correcto y cuidadoso funcionamiento de dicho servicio un derecho de los ciudadanos que viene consagrado al más alto nivel normativo en el artículo 43 de la Constitución Española, y que conlleva la correlativa obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas pertinentes que resulten necesarias para proteger la salud pública; en consecuencia es un hecho innegable en base a esa declaración constitucional, que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios: de ahí la proclamación de los artículos 148.1.21 y 149.1.16 de la Constitución Española, artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por L. O. 2/83, de 25 de febrero²¹¹ (...) y artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2

²⁰⁹ Referencia RJ 1991\1176, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

²¹⁰ Uno de los motivos de apelación -dice el Tribunal Supremo- formulados frente a la sentencia que se impugna, con la finalidad de justificar la pretensión revocatoria que de ella se deduce, consiste en la incompetencia del Gobierno Autonómico para sancionar la infracción impuesta al apelante.

²¹¹ El artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares (aprobado por ley orgánica 2/1983, de 25 de febrero; BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1983), contempla que "La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 12. Sanidad e higiene." (Por imperativo constitucional, aún cuando no lo indica de forma expresa el propio Estatuto, ha de entenderse, por dicha la

de abril, de Bases de Régimen Local que atribuyen competencias tanto a la Administración Estatal-Autonómica, como a la Municipal, mas sin una concreción diferenciadora de las materias competenciales conferidas a una y otra Administraciones, tratándose, pues, de materias compartidas²¹² -Sentencia del T.S. de 15 de marzo de 1982- referidas a una multiplicidad de funciones y fines que no se hallan delimitadas mediante un deslinde preciso que evitaría la conflictividad origen de este recurso. Mas una lectura detenida de los anteriores preceptos nos conduce a declarar que la Ley de Bases de Régimen Local no contiene una reserva de competencias exclusiva a favor de los Ayuntamientos, sino que las ejercerá «en todo caso», «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas», debiendo de acudirse a ésta para decidir sobre la discutida competencia de la Entidad demandada en la materia objeto de la litis; y la aplicación conjunta de esta legislación, es decir, Ley General de Sanidad 14/86 y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/84 y Real Decreto 1945/83, conduce inexorablemente a determinar que la competencia para el control y vigilancia de cuantas acciones y situaciones se planteen en materias que afecten a la salud pública, a los derechos a la salud y a un medio ambiente, adecuado, previsto con carácter general para los

salvedad, que conlleva la atribución de competencia exclusiva que la Constitución atribuye al Estado en su artículo 149.1,16ª).

El Estatuto de Autonomía de Andalucía actualmente derogado, contenía idéntica competencia en su artículo 13.21, esto es, competencia exclusiva sobre “Sanidad e higiene”. Ahora bien, en este caso, sí se añadía “sin perjuicio de lo que establece el artículo 149.1, 16ª, de la Constitución”. Por el contrario, el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, contempla atribuida a la Comunidad Autónoma la materia “sanidad interior” como “competencia compartida” (art. 55.2).

²¹² No subrayado en original.

consumidores, corresponde en primer lugar al Estado, y en virtud del proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas, y después a los Ayuntamientos con la fórmula de «a salvo» o «sin perjuicio» de las que correspondan a las demás Administraciones Públicas...”.

Si hubiese que realizar algún comentario se diría que el Tribunal Supremo nos sitúa e ilustra sobre el carácter de la materia que nos ocupa. Así, habla de materias compartidas, sin concreción competencial diferenciadora entre el Estado, Comunidad Autónoma y municipios.

4.- Referencia del Tribunal Constitucional a materias compartidas en el ámbito local.

Finalmente, con motivo de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Comunidad Autónoma de Galicia y la Comunidad Autónoma de Cataluña²¹³, contra determinados preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el Tribunal Constitucional nos habla de materias compartidas, en su sentencia número 214/1989, de 21 de diciembre²¹⁴, al analizar la alegada inconstitucionalidad del artículo 2, párrafo segundo, de la citada Ley²¹⁵, indicando:

“Todo lo cual nos lleva a un fallo interpretativo del precepto contenido en el artículo 2, párrafo 2º, en

²¹³ Recurso promovido por el Parlamento de Galicia, la Junta de Galicia, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña.

²¹⁴ Referencia RTC 1989\214, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

²¹⁵ El párrafo aludido dice que “*Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los Entes Locales en las materias que regulen*”.

el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida²¹⁶ a las Entidades Locales por ser ello necesario para garantizar su autonomía”.

²¹⁶ No subrayado en original.

TÍTULO III

DEBERES DE AUTORIDADES Y RESTO DE PERSONAL EN LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA SALUD

Cuestión de previo pronunciamiento

El Estado de Derecho tiene como uno de sus fundamentos el principio de legalidad, que requiere, como ya ha sido expresado, la explícita atribución de una norma jurídica a una Administración Pública y/u órgano público concreto, dirigido éste por su titular y servido por el personal adscrito al mismo.

Pues bien, en tanto que ha sido examinada las competencias en el ámbito de la salud pública (excepción hecha de la prestación de la asistencia sanitaria, como ya fue indicado en los objetivos propuestos), nos queda, para concluir, tratar del personal que ejerce las indicadas competencias, de las reglas a las que está sometido en su actuación y de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su quehacer.

CAPÍTULO I
DEL
TÍTULO III

EXCURSUS NECESARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

Se trata, en este primer capítulo, de acercarnos a materias o cuestiones de Derecho que guardan relación con algunos de los contenidos que van a ser examinados y expuestos en el siguiente capítulo.

Así, atenderemos a la temática planteada con:

- a) La doble relación que conlleva el vínculo profesional con la Administración Pública.
- b) el régimen jurídico del personal estatutario (ámbito de aplicación de Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud).
- c) La habilitación del empleado público para el ejercicio de las potestades públicas necesarias para el fin perseguido (protección de la salud pública).
- d) El alcance del Derecho penal según el sentido del ejercicio de funciones públicas y su aplicación según el principio de intervención mínima.
- e) Los deberes del personal a partir de la vigencia del Estatuto del Básico del Empleado Público.
- f) Finalmente, modificaciones que afectan como consecuencia del régimen disciplinario establecido en el indicado Estatuto Básico.

II.- VÍNCULO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: LA RELACIÓN DE SERVICIO.

1.- Introducción.

Cuando se entra a formar parte de la Administración Pública²¹⁷, ya sea a través de una relación de carácter laboral o estatutaria (comprendiendo en ésta la relación estatutaria propiamente dicha, así como la relación funcionarial), nace un vínculo jurídico entre la Administración Pública de que se trate y la persona que accede a la misma.

Ahora bien, no tendría para nosotros mayor trascendencia el examen del citado vínculo si el mismo no tuviera relación, en lo que nos afecta²¹⁸, con los deberes de autoridades y empleados públicos, que serán examinados en el capítulo siguiente; sin olvidar la relación existente con el ejercicio de competencias que la Ley de Salud de Andalucía atribuye a los municipios andaluces (punto 4.6 del capítulo III, del título II, de la presente tesis).

2.- El vínculo jurídico: la doble relación.

Respecto del contenido del citado vínculo, se viene manteniendo posturas diferentes entre la doctrina científica y entre una parte de ésta y la doctrina del

²¹⁷ Se toma la expresión “Administración Pública” en el sentido plural que se da a la misma expresión que contempla el artículo 103.1 de la Constitución, y así hay que entenderla en cuantas ocasiones se repita. El contenido de la indicada expresión no es otro que el expuesto en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

²¹⁸ Se hace tal aclaración por cuanto también afecta a los derechos de los empleados públicos.

Tribunal Supremo. Así mismo, también algo tiene que decir, al respecto, el Derecho positivo. A unas y otras posturas nos vamos a referir a continuación.

2.1.- Reflejo jurídico del vínculo.

a) Según la doctrina científica.

Si examinamos el tratamiento que se viene dando al referido vínculo jurídico por la doctrina científica, encontramos dos posturas diferenciadas, que, simplificando, podemos resumirlas en lo siguiente:

1) Una parte de la doctrina nos habla de que el citado vínculo está constituido por una doble relación creada entre la Administración Pública respectiva y la persona que accede a prestar servicios en la misma. Nos referimos a lo que se denomina relación orgánica y relación de servicio o funcional²¹⁹.

2) Otra parte viene a decir, por un lado, que no existe más relación con contenido jurídico que la relación de servicio y, por otro, que la distinción entre relación orgánica y relación de servicio es artificiosa²²⁰.

b).- Según el Tribunal Supremo.

En la dualidad doctrinal indicada terció, en su momento, el Tribunal Supremo inclinándose por la doctrina

²¹⁹ Como ejemplo: participa de esa postura el profesor Entrena Cuesta.

²²⁰ También, como ejemplo, diremos que representante de esta postura sería Santa María Pastor, citado por Alberto Palomar Olmeda en su obra "*Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*". Editorial Dykinson, 1996, 3ª edición.

de la doble relación. Su sentencia de 14 de abril de 1992²²¹ se expresaba como sigue:

"Adquirida por una persona la cualidad de funcionario, surge una dualidad de relaciones entre el funcionario y la Administración: La relación orgánica, en virtud de la cual el funcionario aparece integrado en la Administración, y la relación de servicio en la que el funcionario aparece como un sujeto distinto de la Administración, respecto de la que el funcionario ostenta derechos y le afectan deberes".

Dualidad de relaciones que el Tribunal Supremo venía manteniendo con anterioridad, como puede observarse en su sentencia, dictada en recurso de apelación, de 17 de diciembre de 1986²²², cuyo fundamento jurídico cuarto ya aludía a la doble relación cuando se refiere al personal Técnico de los Servicios Sanitarios Locales que adquirieron el carácter de funcionarios civiles del Estado a partir de la Ley de 24 de diciembre de 1962:

"...conviniendo recordar (... que) en estas funciones sanitarias locales (sanidad veterinaria municipal) se da una clara disociación entre la relación de servicio, establecida con la Administración del Estado, y la orgánica, con las respectivas corporaciones municipales al prestar servicios en el ámbito local..."

²²¹ Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo (referencia RJ 1992\3831, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi).

²²² Referencia RJ 1987\1548, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

c) Según el Derecho positivo.

A mayor abundamiento y consistencia de la doble relación, el Derecho objetivo también mantiene esta postura. Al menos, se puede afirmar que la doble relación de servicio del personal que presta servicios en la Administración General del Estado se desprende de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Administración Pública:

"Todo el personal al servicio de la Administración del Estado a que se refiere el artículo anterior, sus Cuerpos, Escalas, Categorías y Clases, tendrá dependencia orgánica del Ministerio de la Presidencia, sin perjuicio de la que funcionalmente tenga con cada Departamento²²³".

2.2.- Reflejo endógeno y exógeno de la doble relación.

El vínculo jurídico que se establece entre la Administración Pública y el personal que presta servicios en la misma, puede ser observado tanto desde una posición externa como interna. La observación externa se realiza por terceros ajenos al vínculo que liga a las dos partes, esto es, por los ciudadanos. Por el contrario, la observación interna o doméstica, la puede realizar el propio empleado público.

a) Reflejo en los ciudadanos.

El empleado público puede aparecer a los ojos del ciudadano en dos planos distintos, que se corresponden con la doble relación conformadora del vínculo (orgánica y de servicio).

²²³ Actualmente Ministerio de Administraciones Públicas.

La relación orgánica se pone de manifiesto cuando el ciudadano observa al empleado público como parte integrante de la Administración Pública en la que presta servicios. Este supuesto puede darse cuando aquél se relaciona con cualquier ente público, bien sea por propia iniciativa o a instancias de éste.

La relación de servicio se pone en evidencia cuando el ciudadano observa que el empleado público manifiesta una actitud reivindicativa frente a la Administración Pública a la que presta servicios (ya no ve a dicho empleado como "Administración", sino como parte diferenciada de ésta). Uno de los ejemplos ilustrativos de ello podría ser el caso de reivindicaciones formuladas a través de manifestaciones públicas.

b) Reflejo en el propio empleado público.

También se manifiesta, la dualidad de relaciones que forman parte del vínculo jurídico que nos ocupa, en el plano interno de la propia Administración Pública, debido a los efectos que producen determinadas situaciones o circunstancias administrativas en las que puede encontrarse el personal, tales como el disfrute de licencias o permisos, las situaciones administrativas, la situación de incapacidad laboral, la jubilación, el cumplimiento de una sanción, etc²²⁴.

²²⁴ Como ejemplo: en la circunstancia de disfrute de licencias o permisos e incapacidad laboral, se mantiene la relación orgánica pero cesa, temporalmente, la relación funcional o de servicio. En la situación de jubilación, por el contrario, cesan ambas relaciones.

3.- La relación de servicio.

Conocidas ya las dos dimensiones del vínculo que, siguiendo la postura del Tribunal Supremo²²⁵, se establece entre la Administración Pública y el personal que presta servicios en la misma, queda claro -en lo que interesa- que los deberes que afectan al citado personal surgen de la relación de servicio²²⁶.

Consecuentemente, y como ya, de alguna forma, ha sido aludido, el desarrollo que corresponda realizar en el capítulo siguiente, será de una parte del contenido de la relación funcional o de servicio de la que venimos hablando. De ahí que sea procedente conocer cuantas cuestiones presenten implicación con dicha relación, siempre y cuando, como es obvio, puedan tener incidencia en los referidos deberes. En razón de ello, pasamos a examinar las siguientes cuestiones.

3.1.- Naturaleza de la relación de servicio.

El Tribunal Constitucional ha venido a decir, en su sentencia de 11 de junio de 1987²²⁷ (dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública), que *"El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo*

²²⁵ Consiguientemente, también de una parte de la doctrina científica.

²²⁶ También ocurre igualmente respecto de los derechos.

²²⁷ Fundamento jurídico 6, párrafo cuarto (referencia RTC 1987\99, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

a los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando...”.

La modificación de la situación jurídica establecida es un hecho que se produce repetidamente en el tiempo. Podemos señalar, *ad exemplum*, dentro del sector sanitario:

a) La modificación operada en el artículo 87, párrafo segundo, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo contenido²²⁸ ha sido alterado profundamente en su esencia por el artículo 36²²⁹ y 39²³⁰ del indicado texto formal, en virtud de lo dispuesto en el punto 1 de la disposición derogatoria de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

b) La derogación por la citada Ley 55/2003 (en los términos previstos en su disposición derogatoria única, en relación con la disposición transitoria 6ª), de los siguientes

²²⁸ El artículo 87, párrafo segundo, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, dice así: “*El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud*”.

²²⁹ El artículo 36 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, establece que “*El personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes*”.

²³⁰ El artículo 39 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, nos dice: “*1. Por necesidades del servicio, y cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentre vacante o temporalmente desatendido, podrá ser cubierto en comisión de servicios, con carácter temporal, por personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad.- En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.- 2. El personal estatutario podrá ser destinado en comisión de servicios, con carácter temporal, al desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo.- En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones de su plaza o puesto de origen.- 3. Quien se encuentre en comisión de servicios tendrá derecho a la reserva de su plaza o puesto de trabajo de origen*”.

textos: Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, y Estatuto de Personal no Sanitario, aprobado por Orden de 5 de julio de 1971.

En el mismo fundamento jurídico y sentencia el Tribunal Constitucional viene a indicar que no hay que olvidar que el funcionario ostenta la expectativa (no el derecho) a que la situación continúe tal y como la encontró al tiempo de su acceso a la función pública.

Pues bien, lo anteriormente expuesto nos viene a decir que los deberes (también los derechos) y, en definitiva, el contenido de la relación de servicio, puede ser modificado unilateralmente por la Administración Pública sin contar con el concurso o la voluntad del personal afectado.

3.2.- Límite de la *potestad variandi* de la Administración

Ahora bien, la facultad o potestad de la Administración Pública de modificar la situación jurídica existente encuentra su límite en la doctrina de los derechos adquiridos.

Doctrina que contempla el propio Tribunal Constitucional²³¹ y que concreta, además de explicitarla,

²³¹ El Tribunal Supremo dice en su sentencia de 25 de febrero de 1991 (referencia RJ 1991\2498, correspondiente a la base de datos de Aranzadi) que el Tribunal Constitucional distingue claramente en su sentencia de 20 de julio de 1981, entre derechos adquiridos y expectativas de derechos.

el Tribunal Supremo en el fundamento de Derecho primero de la sentencia de 17 de febrero de 1992²³²:

*"... conforme a la reiterada y bien conocida doctrina del Tribunal Supremo acerca del contenido y significado de los derechos adquiridos de los funcionarios, ha quedado explícitamente reconocido que «la Administración tiene la facultad de modificar unilateralmente y que frente a (su) poder organizativo... el funcionario no puede esgrimir con éxito más que derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico y al contenido de la función a realizar (reconociendo una vez más que) la relación funcional es el resultado de un «acto condición» por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un status legal y reglamentario sometido en cualquier momento a la facultad innovadora de la Administración»"*²³³.

²³² Referencia 1992\2824, correspondiente a la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi.

²³³ La sentencia continúa haciendo la siguiente referencia jurisprudencial: "(sentencia de 28 de enero de 1981: criterio ratificado por las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, 6/1983, de 4 de febrero y 108/1986, de 29 de julio...)".

III.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL ESTATUTARIO.

1.- La Ley 7/2007 y el personal estatutario.

En primer lugar, del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), son destacables las siguientes características:

a) Sus disposiciones constituyen "bases del régimen estatutario de los funcionarios" al haber sido dictadas "al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución" (disposición final primera de la Ley citada²³⁴), por lo que "son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas" (disposición final segunda²³⁵).

b) Tiene "...por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación" (art. 1.1), así como "...determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas" (art. 1.2).

c) Así mismo, indica la Ley que "Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud" (art. 2.4).

A su vez, su exposición de motivos (de "indudable valor como elemento de interpretación auténtica", según

²³⁴ También han sido dictadas "...al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (igual disposición final primera).

²³⁵ Continúa diciendo la disposición final segunda: "...respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución".

mantiene una reiterada jurisprudencia²³⁶) nos ilustra al expresar que "El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público..." (párrafo primero, ab initio) y "...contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio" (párrafo segundo, ab initio).

Esta primera aproximación al ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público nos sitúa jurídicamente ante la propia norma básica y ante la Ley específica número 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; si bien complementado ello con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la indicada Ley básica:

"El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica²³⁷ dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente

²³⁶ Si bien, "la fuerza obligatoria de las disposiciones generales reside en su texto articulado y no en el preámbulo o exposición de motivos..." (considerando segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1983; referencia RJ 1983\1435, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), dicho preámbulo o exposición de motivos de las leyes "...sirve de instrumento inapreciable para la interpretación auténtica de la" mens legis", según una constante jurisprudencia -Ss. 9 noviembre 1961 (RJ 1961/3735), 9 de febrero de 1962, 11 noviembre 1965 (RJ 1965\5474), entre otras muchas-" (considerando quinto de la sentencia de 16 de diciembre de 1982; referencia RJ 1982\8006, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1983 (referencia RJ 1983\3406, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), manifiesta, en so considerando segundo, que "...es doctrina conocida que nadie discute que el preámbulo o parte expositiva de las disposiciones, cuando existe, tiene un indudable valor como elemento de interpretación auténtica, pero carece de contenido normativo, por lo que podrá ser acertado o desacertado, verdadero o erróneo, pero en ningún caso podrá ser declarado nulo, ni menos aún viciar de nulidad a la norma propiamente dicha, si el texto de ésta se acomoda al ordenamiento jurídico de rango superior".

²³⁷ No subrayado en original.

Estatuto²³⁸, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”.

Por su parte, la indicada exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado Público (párrafo décimo segundo), vuelve a ilustrarnos cuando indica que

“En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones (...). Dichas Leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo²³⁹, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Pues bien, la excepción realizada por el artículo 2.3 (antes transcrito) se refiere al capítulo II, que se titula “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, siendo el mismo comprensivo de los artículos 16 a 20, ambos inclusive, con lo que del susodicho capítulo II únicamente el artículo 20 (se refiere

²³⁸ No subrayado en original.

²³⁹ No subrayado en original.

a la obligación de las Administraciones Públicas de establecer "...sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados") es el no exceptuado.

Extra capítulo II, son también exceptuados los artículos 22.3; 24 y 84²⁴⁰. Por ende, al personal estatutario le es de aplicación:

1º) La disposición específica aprobada como Ley 55/2003, de 16 de diciembre, denominada del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

2º) El Estatuto Básico del Empleado Público, como norma de carácter básico (*nota bene* que en ningún caso éste actúa como derecho supletorio²⁴¹), excepto:

a) La regulación de la carrera profesional y la promoción interna del resto de empleados públicos (capítulo II, del título III).

b) La regulación sobre las retribuciones (art. 22.3 y 24).

c) La regulación sobre la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art. 84).

²⁴⁰ El artículo 22.3 se refiere a las retribuciones de los funcionarios. El artículo 24 se refiere a las retribuciones complementarias de los funcionarios. Finalmente, el artículo 84 se refiere a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.

²⁴¹ El carácter de derecho supletorio del Estatuto Básico del Empleado Público se contempla en su artículo 2.5, indicando que "*El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*". Y en su ámbito de aplicación, establecido en el mencionado artículo 2, sí se encuentra incluido el personal estatutario en su números 3 y 4.

2.- Regulación prevista en la Ley 55/2003.

El ámbito aplicación de la Ley se encuentra contemplado en su artículo 2 y se refiere, por un lado, al personal estatutario²⁴² (en sus dos primeros números) y, por

²⁴² El personal estatutario se encuentra clasificado en el capítulo II de la Ley 55/2003 de la forma que sigue: artículo 5: “El personal estatutario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento”.

Artículo 6. “1. Es personal estatutario sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria.- 2. Atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, el personal estatutario sanitario se clasifica de la siguiente forma: a) Personal de formación universitaria: quienes ostentan la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión sanitaria que exija una concreta titulación de carácter universitario, o un título de tal carácter acompañado de un título de especialista. Este personal se divide en: 1º. Licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud.- 2º. Licenciados sanitarios.- 3º. Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud.- 4º. Diplomados sanitarios.- b) Personal de formación profesional: quienes ostenten la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de profesiones o actividades profesionales sanitarias, cuando se exija una concreta titulación de formación profesional. Este personal se divide en: 1º. Técnicos superiores.- 2º. Técnicos”.

Artículo 7: “1. Es personal estatutario de gestión y servicios quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.- 2. La clasificación del personal estatutario de gestión y servicios se efectúa, en función del título exigido para el ingreso, de la siguiente forma: a) Personal de formación universitaria. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: 1º. Licenciados universitarios o personal con título equivalente.- 2º. Diplomados universitarios o personal con título equivalente.- b) Personal de formación profesional. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: 1º. Técnicos superiores o personal con título equivalente. 2º. Técnicos o personal con título equivalente.- c) Otro personal: categorías en las que se exige certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria Obligatoria, o título o certificado equivalente”.

Artículo 8: “Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven”.

Artículo 9: “1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.- Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.- 2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.- Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.- 3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios. c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.- Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.- Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.- 4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.- Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.- 5. Al personal estatutario temporal le

otro lado, al personal sanitario funcionario y personal sanitario laboral (en su número 3). Exactamente, su contenido es el siguiente:

"1. Esta Ley es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

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

3. Lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma".

será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo".

3.- Marco jurídico aplicable.

Consecuentemente, el régimen o marco jurídico de aplicación al personal que presta servicios en los centros sanitarios es el siguiente:

3.1.- Personal estatutario.

a) En primer grado:

- La Ley 7/2007, de 12 de abril, en su condición de norma básica, en los términos previstos en su artículo 2.3²⁴³.
- La Ley 55/2003, de 16 de diciembre.
- Las normas de desarrollo de dicha Ley²⁴⁴.
- Las normas generales de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas²⁴⁵.

²⁴³ La Ley específica (Ley 55/2003) no puede contradecir la Ley básica (Ley 7/2007), a la cual queda sometida por su propia esencia.

²⁴⁴ Las normas de desarrollo de la Ley 55/2003 son referidas en su artículo 3, que dice así: “*En desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud.*”

Para la elaboración de dichas normas, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las mesas correspondientes en los términos establecidos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, los órganos en cada caso competentes tomarán en consideración los principios generales establecidos en el artículo siguiente, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones”.

²⁴⁵ El artículo 78 hace una explícita declaración de aplicación al personal estatutario de la Ley 9/1987: “*Resultarán de aplicación al personal estatutario, en materia de representación, participación y negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de trabajo, las normas generales*”

- Los pactos y acuerdos concertados entre los representantes de la Administración o representantes del Servicio de Salud de que se trate, y los representantes de las organizaciones sindicales²⁴⁶.

b) En segundo grado:

- Las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (art. 3.2, *in fine*).

3.2.- Personal sanitario funcionario y personal sanitario laboral.

a) En primer grado:

- La Ley 7/2007, de 12 de abril, en su condición de norma básica, en los términos previstos en su artículo 2.3.
- Normativa específica.

Ad exemplum, el personal funcionario perteneciente al Cuerpo Superior Facultativo de las

contenidas en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y de Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y disposiciones de desarrollo, con las peculiaridades que se establecen en esta Ley”.

²⁴⁶ Los referidos pactos y acuerdos se contemplan en el artículo 80.1: “En el seno de las mesas de negociación, los representantes de la Administración o servicio de salud y los representantes de las organizaciones sindicales podrán concertar pactos y acuerdos.

Los pactos, que serán de aplicación directa al personal afectado, versarán sobre materias que correspondan al ámbito competencial del órgano que los suscriba.

Los acuerdos se referirán a materias cuya competencia corresponda al órgano de gobierno de la correspondiente Administración pública y, para su eficacia, precisarán la previa, expresa y formal aprobación del citado órgano de gobierno”.

Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, cuya Especialidad de Farmacia y Veterinaria se encuentra regulada, en cuanto a la plantilla orgánica, funciones y retribuciones, por, respectivamente, el Decreto 394/2000, de 26 de septiembre²⁴⁷ y el Decreto 395/2000, de 26 de septiembre²⁴⁸, entre otras disposiciones.

b) En segundo grado:

- Por la Ley 55/2003, siempre que: 1) Para el personal funcionario, si así lo establece las disposiciones aplicables de cada Comunidad Autónoma. 2) Para el personal laboral, si así lo establece los convenios colectivos de cada Comunidad Autónoma.

²⁴⁷ BOJA número 120, de 19 de octubre. Referencia LAN 2000\360, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁴⁸ BOJA número 120, de 19 de octubre. Referencia LAN 2000\361, correspondiente a la base de datos de Aranzadi (modificado parcialmente por el Decreto 237/2000, de 17 de septiembre).

IV. EJERCICIO DE LAS CORRESPONDIENTES POTESTADES PÚBLICAS.

1.- Introducción.

Tengamos en cuenta que, como recoge la exposición de motivos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, "*...en los servicios de salud y en sus centros sanitarios se encuentra prestando servicios personal con vinculación funcional, laboral y estatutaria²⁴⁹*". Así mismo, el propio contenido normativo de la indicada Ley se refiere a esa tipología de personal (*ad exemplum*, art. 2, números 2 y 3), que da lugar al trío de regímenes jurídicos presentes en el ordenamiento jurídico español y, más concretamente, en el Derecho de Función Pública.

2.- Planteamiento de la cuestión y contenido de la expresión "empleado público".

2.1.- Planteamiento.

Ante la realidad expuesta anteriormente, hemos de preguntarnos quiénes se encuentran habilitados para el ejercicio de funciones que conlleven la aplicación de potestades públicas o, expresado de otro modo, qué personal se encuentra habilitado para adoptar, en su caso, las medidas de intervención necesarias que demanda el derecho de todos los ciudadanos a la protección de su salud.

²⁴⁹ Apartado I, párrafo segundo, *in fine*, de la Ley 55/2003.

Tratando de adentrarnos en la cuestión planteada, recurrimos, *in primis*, a la norma formal que, como ya se dijo, "...contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio" (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público); personal éste contratado "...conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas" (exposición de motivos, párrafo segundo, de la Ley). Este acercamiento a la referida Ley se va a llevar a cabo en dos planos distintos, pero, a su vez, relacionados:

2.2.- Contenido de la expresión.

Por empleado público podríamos entender, *prima facie*, a todo aquel que trabaja en la Administración Pública. Sin embargo, y aun cuando tal definición no deja de ser válida, la expresión que nos ocupa tiene un significado específico recogido en la Ley, precisamente, del empleado público, al que nos debemos en rigor. Así, en la expresión de empleado público hemos de entender comprendidos:

a) A los funcionarios de carrera ("*...vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo...*" -arts.8 y 9 de la Ley 7/2007-²⁵⁰).

²⁵⁰ El artículo 8 de la ley 7/2007 dice así: "*1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*

2. Los empleados públicos se clasifican en:

a) Funcionarios de carrera.

b) Funcionarios interinos.

c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

d) Personal eventual".

Así mismo, el tenor del artículo 9 es el que sigue (excepción hecha de su número 2 que se recoge en el texto, por lo que no se reproduce en esta nota):

b) A los funcionarios interinos (“...nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera...” -arts.8 y 10 de la Ley 7/2007-²⁵¹).

c) Al personal eventual (“...sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial...” -arts.8 y 12 de la Ley 7/2007-²⁵²).

d) Al personal laboral (por virtud de contrato de trabajo, formalizado según la legislación laboral, el cual presta servicios en los puestos de trabajo que determinen las leyes de Función Pública que desarrollen la Ley 7/2007,

“1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”.

²⁵¹ El artículo 10 de la Ley 7/2007 indica: *“1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.*
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.*
- 2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.*
- 3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.*
- 4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.*
- 5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.*

²⁵²El artículo 12 de la Ley 7/2007 establece: *“1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.*

- 2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.*
- 3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.*
- 4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.*
- 5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.*

"...respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2" de dicha norma jurídica (arts. 8 y 11 de la Ley 7/2007²⁵³).

3.- Inclusiones y exclusiones de personal²⁵⁴.

3.1.- Principio del que se parte.

El contenido del anteriormente indicado artículo 9.2 se refiere al tipo de personal que se encuentra habilitado (con carácter exclusivo) para el ejercicio de determinadas funciones. Su tenor es como sigue:

"En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca".

Por ende, y según lo que se colige del derecho positivo ya referido, las funciones que nos ocupan pueden llevarlas a cabo, además de los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos (téngase en cuenta que sustituyen a aquéllos en el desempeño de sus funciones).

²⁵³ El artículo 11 de la Ley 7/2007 se refiere al personal laboral: "1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.
2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2."

²⁵⁴ En el deber de adopción de medidas preventivas (capítulo siguiente II, del presente título) se volverá a tratar de los empleados públicos que en el presente epígrafe nos van a ocupar.

Sin embargo, no puede realizar tales funciones, *ex vi legis*, el personal laboral ni el personal eventual²⁵⁵.

No es suficiente con lo discurredo, sino que la cuestión planteada sigue afectándonos de lleno en cuanto en el sector que nos ocupa se ubica e incide, respectivamente, tanto el personal que venimos denominando estatutario, como la exigencia de otros requisitos, además de la consideración de funcionario. Consecuentemente, continuamos el análisis de la cuestión planeada.

3.2.- Personal estatutario.

Si con el régimen jurídico anterior (Estatutos de Personal que regulaban la relación de empleo de los tres colectivos profesionales existentes²⁵⁶), no existía duda, respecto del personal estatutario, en cuanto a su condición distinta a la funcionarial (fue la doctrina de los Tribunales de Justicia la que, a partir de un momento, inició el camino de acercamiento al régimen funcionarial), en la actualidad, *id est*, a partir de la vigencia de la Ley 55/2003, del carácter funcionarial de este personal se proyecta alguna complejidad.

No obstante, vamos a afrontar el asunto, *ad cautelam*, con la argumentación que prosigue, ofrecida por el derecho positivo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

²⁵⁵ El personal eventual, como ya sabemos, puede realizar únicamente funciones de confianza o asesoramiento especial.

²⁵⁶ Derogados en buena parte por la Ley 55/2003. A saber: Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 5 de julio de 1971, y Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973.

a) En el apartado III, párrafo segundo, *ab initio*, de la exposición de motivos de la Ley 55/2003, se dice:

"En el capítulo I se establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria²⁵⁷, sin perjuicio de sus peculiaridades especiales, que se señalan en la propia Ley y que deberán ser desarrolladas en cada una de las Comunidades Autónomas respecto de su propio personal".

b) En el artículo 1 de la indicada Ley 55/2003 (ubicado en el mencionado capítulo I), se declara que

"Esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario²⁵⁸ de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal".

c) El artículo 2.2 de igual norma formal declara la aplicación supletoria al personal estatutario de las disposiciones y principios generales sobre función pública. Dice así:

"En lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente²⁵⁹, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones

²⁵⁷ Sin subrayar en original.

²⁵⁸ Sin subrayar en original.

²⁵⁹ El artículo siguiente, esto es, el artículo 3, párrafo primero, dice así: *"En desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud".*

y principios generales sobre función pública²⁶⁰ de la Administración correspondiente".

d) La exposición de motivos de la Ley 55/2003 relaciona al personal estatutario con la protección de la salud y con la tutela de la salud pública a través de medidas preventivas. Así se dice: "...los derechos y deberes de este personal, determinados desde la perspectiva de la esencial función de protección de la salud que desempeñan" (apartado III, párrafo cuarto, *in fine*,). En el segundo párrafo, del apartado IV, se habla de "...la organización y tutela de la salud pública, a través de medidas preventivas...".

e) A su vez, el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) considera al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003), como norma vigente de función pública (exposición de motivos de aquélla Ley, párrafo duodécimo²⁶¹).

f) El indicado Estatuto Básico establece en su artículo 2.4 que "Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario²⁶² de los Servicios de Salud".

g) A partir de la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

²⁶⁰ No subrayado en original.

²⁶¹ El indicado párrafo señala que "En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones (...). Dichas Leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, Norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre (RCL 2003, 2934), del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de Norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público...".

²⁶² No subrayado en original.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, corresponde al orden contencioso-administrativo conocer de la revisión judicial de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud (disposición adicional duodécima).

h) Por último, y como fundamento de primer orden, la doctrina implantada por el Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, viene a considerar funcionario al personal estatutario. Doctrina plasmada en diversas sentencias, entre otras, la sentencia de 11 de abril de 2006, dictada en recurso de casación, número 102/2005²⁶³, así como la sentencia, de 16 de marzo de 2006, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, número 4811/2004²⁶⁴, de la que extraemos lo siguiente (número 2 del segundo fundamento de Derecho):

"...en los recursos números 39/2004 y 199/2004, a los que procede remitirse en todos sus argumentos, se hacía una referencia a la evolución de esta problemática para terminar afirmando que a partir de aquella cláusula derogatoria «la opción para el interprete es decidir si, bajo esa fórmula, deba declararse derogado o no aquel precepto que, de forma excepcional, venía atribuyendo competencia para una gran parte de los litigios de este personal a la rama social de la jurisdicción, que debía efectuar el

²⁶³ Referencia RJ 2006\4869, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁶⁴ Referencia RJ 2006\4777, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

enjuiciamiento de acuerdo con unos estatutos que, se derogan de manera expresa, de modo que, en lo sucesivo, la totalidad de las relaciones de este personal ha de regirse por lo dispuesto en el Estatuto Marco, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional que deba conocer sus litigios. Relación funcional especial, la de este personal que ya no depende de la Seguridad Social, sino de las instituciones sanitarias de la correspondiente Comunidad autónoma, regido totalmente por normas de Derecho administrativo y sin que un específico precepto de la nueva normativa venga a perpetuar la anómala situación vigente con anterioridad que atribuye el conocimiento a la legislación social, de quienes no son trabajadores en el sentido laboral del término sino funcionarios y se rigen por normas administrativas²⁶⁵. Recordemos que la competencia que establecía el art. 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974²⁶⁶, lo era para los litigios entre las Entidades Gestoras y, en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio, personal regido por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o, por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio. Y este personal, después de las transferencias ya no es empleado de las Entidades Gestoras o Servicios de las mismas, sino de la Comunidad Autónoma correspondiente y ya no se rige por aquellos estatutos de personal, sino por el nuevo Estatuto Marco aprobado por Ley. Por tanto ha de concluirse que el precepto de referencia quedó

²⁶⁵ No subrayado en original.

²⁶⁶ Precepto que establecía la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las pretensiones relacionadas con los derechos y obligaciones del personal estatutario.

derogado por la Disposición derogatoria de la Ley 55/2003, por contradecir lo en ella dispuesto y, en consecuencia desde la entrada en vigor de esa norma son competentes para el conocimiento de estos litigios los Juzgados y Tribunales de Orden Contencioso-Administrativo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de esa jurisdicción. Solución coincidente con la doctrina establecida en el auto de la Sala de conflictos de este Tribunal Supremo de 20 de junio del año en curso...»".

La cautela a la que más arriba se hacía alusión no deja de estar presente (al menos por aquello de que el jurista si bien depende de cómo esté plasmado el Derecho en la Ley, en mayor medida depende de en qué manera es entendido aquél por los órganos llamados a aplicarlo -Tribunales y Juzgados-), pero, así mismo, nos encontramos, cierto es, con evidencias jurídicas -las reseñadas- que permiten sustentar con fundamento el criterio que seguidamente se expone.

El citado marco jurídico, en principio, no sólo no prohíbe la participación del personal estatutario en las tareas reservadas a los funcionarios en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (excepción hecha, como ya se ha dicho, del personal con régimen laboral), sino que, por el contrario, postula a favor de dicha participación (eso sí, "...en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca"), en tanto que, como hemos visto, el

personal estatutario tiene, *ex post* de la vigencia de la Ley 55/2003, consideración funcional.

3.3.- Personal funcionario adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

No obstante el momento temporal señalado en el ordinal anterior para la consideración del personal estatutario como funcionario, hemos de tener presente que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 55/2003, prestaba servicio, con la consideración de funcionario²⁶⁷ (en el nivel de atención primaria²⁶⁸, adscrito a los Distritos de Atención Primaria²⁶⁹ del Servicio Andaluz de Salud²⁷⁰), personal perteneciente al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, Especialidad de Farmacia y Veterinaria²⁷¹ (designado en la nomenclatura de la Función Pública de la Junta de Andalucía como Cuerpo "A.4"), que tiene expresamente atribuidas, por

²⁶⁷ La consideración de funcionario le viene a este tipo de personal por la inclusión del Cuerpo en el Grupo A de los señalados en la disposición adicional quinta de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía. Así lo viene a ratificar –como no podía ser de otra forma– los Decretos de su creación, números 394/2000 y 395/2000, que repiten el término “funcionario” en varios de sus preceptos.

²⁶⁸ El artículo 51.2 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, organiza la asistencia sanitaria en dos niveles: a) Atención primaria. b) Atención especializada.

²⁶⁹ El artículo 3 del Decreto de 3 de julio de 2007 (referencia LAN 2007/318, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), indica que “*Los distritos de atención primaria constituyen las estructuras organizativas para la planificación operativa, dirección, gestión y administración en el ámbito de la atención primaria, con funciones de organización de las actividades de asistencia sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad, cuidados para la recuperación de la salud, gestión de los riesgos ambientales y alimentarios para la salud, así como la formación, la docencia e investigación*”.

²⁷⁰ Según el artículo 64.1 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, “*El Servicio de Salud es un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud*”.

²⁷¹ Personal integrado en el Servicio de Salud Pública del Distrito de Atención Primaria, según el artículo 18.2 del Decreto de 3 de julio de 2007, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud .

su normativa específica²⁷², funciones de "inspección y control oficial"²⁷³, así como las facultades previstas en la referida normativa²⁷⁴. Consecuentemente, estamos en presencia de unos empleados públicos que se encuentran habilitados para el ejercicio de las funciones a las que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, en el ámbito de sus competencias.

3.4.- Personal funcionario adscrito a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud²⁷⁵.

Dentro de la organización periférica, adscrito a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, encontramos dos clases o grupos de funcionarios distintos, que, como tales, se encuentran comprendidos en la habilitación realizada por el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Hablamos de los siguientes funcionarios:

²⁷² A los efectos que nos ocupan: Decreto 394/2000, de 26 de septiembre y Decreto 395/2000, de igual fecha.

²⁷³ Artículo 5.1 y artículo 6.1 de los indicados Decretos 394/2000 y 395/2000, respectivamente.

²⁷⁴ Artículos 6 y 7 de los reiterados Decretos 394/2000 y 395/2000, respectivamente.

²⁷⁵ La estructura orgánica básica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud se encuentra establecida por Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, definiéndose como "...los órganos de representación institucional de la Consejería en la provincia, a cuyo frente figurará un Delegado Provincial".

3.4.1.- Inspectores Farmacéuticos, Inspectores Médicos y Subinspectores Enfermeros²⁷⁶.

Funcionarios, adscritos a la Inspección Provincial²⁷⁷, pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo -los inspectores- y al Cuerpo Técnico de Grado Medio -los Subinspectores- (ambos de la Función Pública Andaluza), Especialidades de Inspección y Subinspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios, respectivamente.

Al indicado grupo de profesionales le atribuye el Decreto 224/2005²⁷⁸, de 18 de octubre, por el que aprueba

²⁷⁶ Sin ánimo de exhaustividad, podemos recordar que el antecedente remoto lo encontramos en el Cuerpo Sanitario establecido por el derogado Estatuto del -extinguido- Instituto Nacional de Previsión (Organismo Autónomo creado en la primera década del siglo XX, por Ley de 27-02-1908), integrado por la Escala de "Farmacéuticos-Inspectores" de 1ª, 2ª y 3ª y la Escala de "Médicos-Inspectores" de 1ª, 2ª y 3ª (art. 12 de la O.M. de 31-10-1970).

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su disposición adicional decimosexta, contemplaba como funcionarios de la Administración de la Seguridad Social al personal de las "*Escalas de Médicos Inspectores, Farmacéuticos Inspectores* (ya sin guión) y *Ayudantes Técnicos-Sanitarios Visitadores del Cuerpo Sanitario del extinguido Instituto Nacional de Previsión*".

El siguiente eslabón en la historia jurídico-normativa del Cuerpo Sanitario antes mencionado, después de la referencia que hace la Ley 30/84, lo encontramos en el Real Decreto 1427/1998, de 3 de jul ("*por el que se establece la denominación de los Cuerpos y Escalas de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social*" con base en la habilitación producida por Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que añadió a la referida Ley 30/1984, una nueva disposición adicional -la vigésimo tercera-). Reglamento cuyo artículo único indica que "*El «Cuerpo Sanitario del extinguido Instituto Nacional de Previsión» pasa a denominarse «Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social»*", conformándolo con tres Escalas: "Escala de Médicos Inspectores", "Escala de Farmacéuticos Inspectores", y "Escala de Enfermeros Subinspectores".

Finalmente, el artículo 39 de la Ley autonómica 17/1999, de 28 de diciembre, crea, respectivamente, las Especialidades de Inspección y Subinspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios dentro de los Cuerpos Superior Facultativo y Técnicos de Grado Medio de la Función Pública Andaluza, integrando en ellas a los funcionarios pertenecientes a las Escalas de Médicos Inspectores, Farmacéuticos Inspectores y Enfermeros Subinspectores del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social Andalucía (siempre que hubiesen sido transferidos a la Junta de Andalucía y no se hallaren integrados ya en otros Cuerpo o Especialidad).

²⁷⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.2 del Decreto 224/2005, "*La Inspección Provincial depende orgánicamente de la Delegación Provincial de Salud y funcionalmente de la Subdirección de Inspección de Servicios Sanitarios*".

²⁷⁸ Reglamento que derogó al vigente desde 1996, esto es, el Decreto 156/1996, de 7 de mayo-, que atribuía, así mismo, funciones de inspección y control al personal que iba dirigido.

el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía, competencias en materia de inspección y control, entre otras.

Es indudable, por ende, que también nos encontramos con profesionales habilitados para ejercer las funciones referidas en el ya citado artículo 9.2 de la Ley 7/2007, en el ámbito de sus competencias.

3.4.2.- Funcionarios adscritos al Servicio de Salud Pública de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud²⁷⁹.

Pertenecientes a diversos Cuerpos, los indicados funcionarios desempeñan puestos de trabajo directamente relacionados con funciones -entre otras- de inspección y control en materia de salud pública, y, en su caso, de adopción de medidas preventivas (en los términos legal y reglamentariamente previstos). Funciones que vienen siendo ejercidas sin atribución normativa expresa y específica, al no existir un catálogo de descripción de funciones de los puestos de trabajo ni de los Cuerpos de pertenencia. A lo sumo, podríamos hablar -caso de los Cuerpos- de descripción genérica al uso, como es la establecida en el artículo 23 y 24 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero²⁸⁰ (no

²⁷⁹ Como ya ha sido expuesto la estructura orgánica básica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud se encuentra establecida por Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, de la que forma parte el Servicio de Salud Pública [art. 3.1, c)].

²⁸⁰ Referencia RCL 1964\348, correspondiente a la base de datos de Aranzadi. Independientemente de ello hay que decir que en la Ley que nos ocupa no se encuentra recogido el Cuerpo de Gestión. Éste fue creado por la disposición adicional segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública.

derogados por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)²⁸¹.

Este grupo de empleados públicos, en cuanto funcionarios y siempre que se entienda que cumplen con el requisito previsto en el artículo 2 del Real Decreto 1397/1995 (*per se* o por habilitación del puesto de trabajo desempeñado), se encontraría facultado, así mismo, para realizar las tareas que nos ocupan.

3.4.3.- Personal adscrito a la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud²⁸².

En cuanto el personal ostente la consideración de funcionario público y cumpla el resto de requisitos exigidos (artículo 2 del Real Decreto 1397/1995 o

²⁸¹ El artículo 23 de la indicada Ley articulada dice así: “1. Corresponde a los funcionarios de los Cuerpos generales el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, con excepción de las plazas reservadas expresamente a otras clases de funcionarios en la clasificación que se realice conforme a lo que se dispone en la Sección 1ª del Capítulo V de este Título.

2. Los Cuerpos generales de Administración civil son los siguientes: Técnico, Administrativo, Auxiliar y Subalterno.

3. Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil realizarán las funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. Deberán poseer título de enseñanza superior universitaria o técnica. Las plazas de mayor responsabilidad de este Cuerpo que previamente se clasifiquen como tales se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos. La obtención del diploma determinará una consideración adecuada de estos funcionarios a efectos de remuneración.

4. Los funcionarios del Cuerpo Administrativo desempeñarán las tareas administrativas normalmente de trámite y colaboración no asignadas al Cuerpo Técnico. Deberán poseer título de Bachillerato superior o equivalente, o reunir las condiciones establecidas en el apartado c) del punto 1º del artículo 31 de esta Ley.

5. Los funcionarios del Cuerpo Auxiliar se dedicarán a trabajos de taquigrafía, mecanografía, despacho de correspondencia, cálculo sencillo, manejo de máquinas y otros similares. Deberán poseer título de enseñanza media elemental.

6. Los funcionarios del Cuerpo Subalterno se ocuparán de tareas de vigilancia, custodia, porteo u otras análogas. Deberán poseer el certificado de enseñanza primaria”.

Por su parte, el artículo 24 (en aquello que mantiene su vigencia) nos indica que “Son funcionarios de Cuerpos especiales los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado dicho carácter por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada”.

²⁸² El Decreto 241/2004, de 18 de mayo, regula la estructura básica de la Consejería de Salud, de la que forma parte la Dirección General de Salud Pública y Participación, que, a su vez, depende directamente de la Viceconsejería (artículo 5.3).

habilitación por las funciones asumidas en el puesto de trabajo que se ocupe), puede ejercer, sin duda alguna, las funciones de intervención pública en materia de salud que nos ocupan.

A efectos de lo dicho, hemos de tener en cuenta las competencias atribuidas tanto a la Consejería de Salud²⁸³ como, dentro de su estructura orgánica, a la Dirección General de Salud Pública y Participación.

3.5.- Otros funcionarios adscritos a la Consejería de Salud.

La propia condición de funcionario ya habilita, como conocemos, para poder ejercer las funciones previstas en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007.

Por otro lado, cierto es, que tanto la Ley 14/1986, General de Sanidad, como la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, no exige requisito alguno para realizar actividades de intervención pública sobre la salud. Ahora bien, precisamente, nos encontramos discurrendo no sobre la materia "salud" o "protección de la salud" , sino sobre un sector o parte específica de la misma, en cuanto excluimos de nuestro estudio, como ya fue indicado en los objetivos propuestos, la parte asistencial que afecta a la salud de la personas.

Por consiguiente, no sólo es necesario tener la condición, *sine qua non*, de funcionario, sino que, además, es preciso reunir los demás requisitos exigidos; entre

²⁸³ El artículo 62 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, establece las competencias que, en materia sanitaria, corresponden a la Consejería de Salud, entre ellas, de inspección, control, adopción de medidas preventivas y, en general, de intervención pública sobre la salud. Competencias que en el capítulo siguiente se explicitarán.

ellos, prestar servicios en el ámbito de la Consejería de Salud y, en su caso (productos alimenticios) el requisito previsto en el artículo 2 del Real Decreto 1397/1995, o cualquier otro que pudiera ser exigido por la legislación aplicable.

3.6.- Inspectores de Consumo.

"Los inspectores de Consumo serán funcionarios...". Así dice la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, en su artículo 44.1, párrafo segundo.

Por su parte, el artículo 59.1 de la indicada Ley establece que *"Ante situaciones de riesgo inaceptable para la salud de los consumidores por la elaboración, distribución o comercialización de cualesquiera bienes o servicios peligrosos, los órganos de defensa de los consumidores tan sólo podrán adoptar medidas cautelares, que deberán ser comunicadas a la autoridad sanitaria, a efectos de su confirmación, de acuerdo con lo establecido en la normativa sectorial de salud"*.

Consecuentemente, no puede existir duda sobre la habilitación de los Inspectores de Consumo para ejercer potestades públicas en el ámbito sanitario y andaluz, en los términos previstos en la Ley antes referida²⁸⁴.

²⁸⁴ En el capítulo II, de igual título, apartado I ("Deber de Adopción de Medidas Preventivas"), se tratará, así mismo, sobre este personal.

4.- Incidencia en el capítulo II de la limitación prevista en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007.

El capítulo II del presente título se dedica a los "Deberes de Autoridades y Empleados Públicos" y entre éstos deberes la posibilidad y necesidad del ejercicio de potestades públicas se actualiza, especialmente, en el "*Deber de adopción de medidas preventivas*" y, en menor medida, en el "*Deber prestar colaboración profesional por razones de urgencia o necesidad*"; deberes, por otro lado, que representan el núcleo esencial sobre el que pivota el derecho de protección de la salud (recuérdese, obligación de los poderes públicos de "*tutelar la salud pública a través de medidas preventivas*" y "*mediante procedimientos eficaces*" -artículos 43.2 y 51.1 de la Constitución-). El resto de los deberes representan las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone, en orden al respeto de los derechos de los ciudadanos, en el actuar de los agentes que tienen la referida obligación de proteger la salud de éstos.

5.- Manifestaciones en el ordenamiento jurídico andaluz relacionadas con el ejercicio de la Función Pública.

En el ordenamiento jurídico de Andalucía encontramos algunas manifestaciones relacionadas con el ejercicio de las facultades o potestades públicas por los empleados públicos²⁸⁵. En este sentido, el artículo 12 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía,²⁸⁶ [una vez que ha indicado en su número 1, letra d) que los puestos de

²⁸⁵ Téngase en cuenta que el principio de libre circulación de trabajadores viene establecido en el artículo 39 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en cuyo número 4 se excluye de dicho principio a los empleos en la Administración Pública.

²⁸⁶ Referencia LAN 1985/3189, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

trabajo figurarán en una relación, en la que individualmente aparezca cada uno de ellos con su adscripción a funcionarios o laborales], establece en su número 2 que

"...con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos".

Si bien, a renglón seguido excepciona de ese principio o regla general, posibilitando que puedan adscribirse a personal laboral, a una serie de puestos de trabajo, como son los siguientes:

-Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

-Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.

-Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

-Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica para su desempeño.

En desarrollo del citado artículo 12, fue aprobado el Decreto 390/1986, de 10 de diciembre, por el que se regula la elaboración y aplicación de la relación de puestos de trabajo, y en su artículo 4.3, párrafo segundo, (después de especificar en sus números 1 y 2 los datos que debían figurar para cada puesto de trabajo), nos dice que

"En todo caso, se adscribirán a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa".

Aún cuando nos hemos referido exclusivamente al Derecho propio de Andalucía, no cabe duda que en el mismo puede incidir, en su caso, la actividad legislativa del Estado cuando se ejercita al amparo de las competencias exclusivas que le atribuye el artículo 149.1 de la Constitución. Y he aquí, que la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público por Ley 7/2007, ha tenido tal proyección en el ordenamiento jurídico andaluz, de tal forma que las prescripciones establecidas en las normas anteriormente examinadas tendrán que adaptarse a lo dispuesto sobre la materia en el indicado Estatuto Básico, cuyo artículo 57 establece alguna diferencia respecto al personal laboral. A saber:

"1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en

las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.

2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes.

3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

5. *Sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario".*

V. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL: PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

1.- Introducción.

Parte de las conductas que llevan a transgredir determinados deberes que se imponen a los empleados públicos en sus respectivos regímenes jurídicos, son susceptibles de poderse subsumir no sólo en los tipos previstos en el correspondiente régimen disciplinario, sino, a su vez, en el Código penal.

Se ha de matizar que no siempre alcanzan las conductas referidas la gravedad suficiente como para considerarlas, además de hechos ilícitos acreedores de responsabilidad administrativa, hechos de igual naturaleza acreedores de responsabilidad penal.

Teniendo presente lo expuesto y, así mismo, que los deberes -directos e indirectos- serán examinados en el capítulo siguiente, se dedica el presente apartado a tratar, sin pretensión exhaustiva, la temática que plantea el epígrafe que nos ocupa.

2.- Concepto y contenido de la expresión "funcionario público" en el Código penal: Separación entre Derecho administrativo y Derecho penal.

Para el ámbito criminal no cabe hacer distinciones entre personal estatutario²⁸⁷, personal funcionario y

²⁸⁷ Según indica la exposición de motivos, apartado II, de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, la expresión "personal estatutario" "*deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal –el estatuto de personal médico, el estatuto de personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario*".

personal laboral, ya que el Código penal considera funcionario público a

"...todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas" (art. 24.2).

Concepto de funcionario público que, como es notorio, no es reciente, sino que viene recogiendo en nuestros Códigos penales desde 1848.

Tal concepto de funcionario plantea problemas de colisión con el Derecho administrativo, por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que aclarar (Tribunal Supremo, sentencia 2208/1993, de 11 de octubre) que el Código penal ofrece "un concepto de funcionario público propio y privativo de este campo jurídico" y que

"...no se trata, pues, de una norma penal en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones del Derecho administrativo o laboral, con las que puede no concordar".

Complementando ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006²⁸⁸, cita la resolución anterior, al indicar:

"...sin que quepa traer aquí otras consideraciones del ámbito administrativo, por tratarse de una definición propia y privativa del campo de la norma penal, de

²⁸⁸ Referencia RJ 2006\3146, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

acuerdo con lo que ya afirmaron Sentencias de esta misma Sala como la de 11 de octubre de 1993.

"La cualidad de funcionario -continúa indicando el Tribunal Supremo- a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública, sino que ha de atenderse al artículo 119 del Código penal (actual art. 24.2), que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando, más o menos permanente o temporalmente, habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas" (sent. de 8 de mayo de 1992289, con cita de sent. de 27 de marzo de 1982)290.

También cita el Alto Tribunal las sentencias de 28 de febrero de 1974291 y 15 de febrero de 1990292.

3.- Potestad jurisdiccional administrativa y penal.

El control de la legalidad de los actos de los órganos de las Administraciones Públicas, corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso-

²⁸⁹ Referencia RJ 1992\3770, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁹⁰ Recogido del apartado "Concordancias" (página 85), correspondiente al artículo 24 del actual Código penal y a la obra de la editorial Colex, titulada "Código Penal". "Comentarios y Jurisprudencia"²⁹⁰ (2ª edición 1996), de cuyos comentarios y jurisprudencia han sido autores el Magistrado del Tribunal Supremo, Moyna Mengües; los Fiscales de igual órgano, Luzón Cuesta, Gómez Guillamón y Torres-Dulce Lifante; así como el Fiscal del Tribunal Constitucional, Ortiz Úrculo.

²⁹¹ Referencia RJ 1974\885, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

²⁹² Referencia RJ 1990\1934, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Administrativo²⁹³. Esta función controladora establecida en el artículo 106.1 de la Constitución, no puede ser confundida con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, desempeñando las funciones atribuidas a los referidos órganos, incurren en conductas delictivas.

Así, los Jueces y Tribunales ostentan la potestad de juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecida en el artículo 106.1 de la Constitución²⁹⁴, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los Jueces y Tribunales el artículo 117.3 de dicho texto²⁹⁵ (en tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo número 363/2006, de 28 de marzo²⁹⁶).

A mayor abundamiento, conviene precisar que los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal no controlan a la Administración Pública, sino que deciden cuándo procede ejercer el *ius puniendi* del Estado contra la persona -autoridad o empleado público- que presuntamente ha cometido, por acción u omisión, uno o varios hechos penalmente típicos.

²⁹³ Así lo expone el fundamento jurídico número 13 de la sentencia del Tribunal Supremo número 766/1999, de 18 de mayo (referencia RJ 1999\3823, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

²⁹⁴ El artículo 106.1 de la Constitución nos dice que “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”.

²⁹⁵ El artículo 117.3 de la Constitución indica que “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”.

²⁹⁶ Referencia RJ 2007\1848, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

4.- El principio de intervención mínima.

La sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida (número 363/2006, de 28 de marzo), viene a indicar que no es suficiente la mera ilegalidad del hecho o su mera contradicción con el Derecho, ya que, de lo contrario, ello supondría anular prácticamente la intervención de control que los Tribunales Contencioso-Administrativo tienen atribuido y, correlativamente, ampliar el ámbito de actuación del Derecho Penal. Esto conduciría a que perdiera el Derecho penal su carácter de *última ratio* y a que desapareciera el principio de intervención mínima, el cual, en expresión de la ya citada sentencia del Tribunal Supremo número 363/2006²⁹⁷,

"...implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible".

Por ende, el Derecho Penal solamente se ocupa de sancionar la conducta

*"...en los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger"*²⁹⁸.

Además de los argumentos expuestos se ha de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico revela que es posible la realización de un acto administrativo ilícito sin que sea constitutivo de delito. Ejemplo de ello sería la

²⁹⁷ Fundamento de Derecho decimocuarto, sentencia número 363/2006.

²⁹⁸ Fundamento de Derecho y sentencia ya referida.

nulidad de pleno derecho, que siendo una grave infracción del derecho aplicable, no podemos identificarla, en todo caso, con delito, en cuanto se contempla, porque así lo ha querido el legislador, como ilegalidad administrativa en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consecuencia, no es suficiente con la "contradicción con el Derecho". En este sentido, el Tribunal Supremo expresa aquello que ha de concurrir para que una actuación pueda subsumirse en el ámbito penal. Así dice:

*"Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente"*²⁹⁹.

La repetida sentencia nos ilustra sobre la valoración que realiza el Tribunal Supremo sobre la contradicción del acto administrativo con el Derecho, haciendo un recorrido doctrinal al respecto, del que extraemos lo que sigue, teniendo presente que se refiere, fundamentalmente, a una actuación prevaricadora. A saber:

La jurisprudencia anterior al Código penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho. Se hablaba así de:

²⁹⁹ Fundamento de Derecho decimocuarto, párrafo octavo, sentencia ya referida, número 363/2006.

- una contradicción patente y grosera (sent. del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1996³⁰⁰),

- de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (sent. del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1992 y de 24 de junio de 1994³⁰¹),

- de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el *plus* de antijuridicidad que requiere el tipo penal (sent. del Tribunal Supremo, n°. 1095/1993, de 10 de mayo³⁰²).

- Otras sentencias, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (sent. del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1998; de 4 de

³⁰⁰ Referencia RJ 1996\3759, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰¹ Referencia, respectivamente, RJ 1992\4318 y RJ 1994\5031, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰² Referencia RJ 1993\3772, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

diciembre de 1998; de 18 mayo de 1999 y de 10 de diciembre de 2001³⁰³),

- lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (sent. del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2000³⁰⁴).

- Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (sent. 1497\2002, de 23 de septiembre³⁰⁵),

- o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (sent. del Tribunal Supremo 878/2002, de 17 de mayo³⁰⁶)

- o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (sent. del Tribunal Supremo 76/2002, de 25 de enero³⁰⁷).

Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de

³⁰³ Referencia, respectivamente, RJ 1998\4256; RJ 1998\9225; RJ 1999\3823 y RJ 2002\1791, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰⁴ Referencia RJ 2000\9963, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰⁵ Referencia RJ 2000\8169, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰⁶ Referencia RJ 2002\6387, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰⁷ Referencia RJ 2002\ 3568, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución.

De conformidad con lo expresado en la citada sentencia del Tribunal Supremo número 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "*a sabiendas*", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Será necesario, en definitiva:

- a) En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.
- b) En segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal.
- c) En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del

procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.

d) En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto.

e) En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho.

En sentencia distinta, de 13 de julio de 1999³⁰⁸, el Tribunal Supremo, resolviendo en casación sobre la condena (que confirmó) impuesta a un funcionario de policía por haber informado a la persona afectada de la inmediata realización de un registro en su domicilio, indica que

"...el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción que se impone al funcionario público por el artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado³⁰⁹, constituirá una infracción administrativa o un ilícito penal según la relevancia del hecho, de suerte que cuando la infracción del deber funcional ocasiona un perjuicio de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa [art. 7.1.j) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado](...), siendo objeto, en tal caso, de la potestad sancionadora de la

³⁰⁸ Referencia RJ 1999\5698, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁰⁹ Actualmente derogado expresamente por la disposición derogatoria única, letra a), de la Ley 7/2007.

Administración. Pero cuando el daño generado al servicio público -o a un tercero- adquiriera una cierta relevancia, la conducta del funcionario desbordará el marco de la ilicitud administrativa para integrar un ilícito penal que, a su vez, será incardinable bien en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 417 del Código penal, cuando de la revelación «resultare grave daño para la causa pública o para tercero», o bien en el párrafo primero de dicho epígrafe, en el caso de que el daño ocasionado no deba calificarse de «grave»” (fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo).

En la anterior sentencia el Tribunal Supremo falla declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el condenado.

En consecuencia, en la determinación de la entidad del perjuicio y en la relevancia mayor o menor de la información revelada, radica, según esta última resolución judicial, la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, y habrá de ser, en definitiva, el Juez o Tribunal el encargado de resolver el tipo de ilicitud -penal y/o administrativa- del hecho concreto enjuiciado.

VI. LOS DEBERES DEL PERSONAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

1.- Introducción.

Para situarnos, *in primis*, hemos de hacer un reenvío (con la finalidad de no incurrir en repeticiones innecesarias), al apartado del presente capítulo I, que ha sido intitulado "*III.- Régimen Jurídico del Personal Estatutario*", teniéndolo aquí por reproducido.

La ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha venido a remover algunas de las cuestiones de larga historia en la parte del ordenamiento jurídico que conocemos como Derecho de la Función Pública. Tal revulsivo determina que tengamos que replantearnos el enfoque de la conducta exigida al empleado público a partir de la vigencia de dicho Estatuto. Por razón de ello, se hace necesaria la presente disertación, previa a nuestra "entrada" en el capítulo siguiente, denominado "*Deberes de Autoridades y Empleados Públicos*".

2.- Deberes directos e indirectos.

La conducta que ha de guardar o tener el empleado público o, dicho de otro modo, la forma en la que éste ha de prestar sus servicios, proviene de las reglas que, con carácter coactivo, se establecen en las normas jurídicas que regulan su vínculo con la Administración Pública correspondiente. Ya analizábamos, cuando tratábamos el "*Vínculo Jurídico del Empleado Público*", dentro de este mismo capítulo, la doble faceta de dicho vínculo, esto es,

la relación orgánica y la relación de servicio, señalando que en esta última relación tenía su origen "la conducta debida" (en palabras del Tribunal Supremo), "...respecto de la que el funcionario ostenta derechos y le afectan deberes" (sent. de 14 de abril de 1992).

Precisamente, se trata de hablar no de derechos, pero sí de deberes, ya que ésta es la materia que nos ocupa en estos momentos. Deberes que podemos localizar formando parte del contenido de la norma jurídica que regula el vínculo anteriormente aludido, si bien ubicados en lugares totalmente diferentes. Así, suele ser habitual que uno o más preceptos estén dedicados a establecer la conducta a seguir por el empleado público, en definitiva, los deberes a los que ha de someterse; siendo denominados, expresamente como tales. *Ad exemplum*, el artículo 19 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud³¹⁰ (Ley 55/2003). Estos deberes, contemplados de la forma indicada, los denominamos directos.

Sin embargo, no son las únicas reglas que obligan al empleado público, por cuanto las diferentes conductas tipificadas en el correspondiente régimen disciplinario calificadas como infracciones o faltas de carácter leve, grave o muy grave, imponen, así mismo, al empleado público una conducta determinada si no quiere incurrir en un ilícito administrativo y, en algunos casos, también en un ilícito penal. Es a la conducta que prohíbe estos tipos a lo que denominamos deberes indirectos.

³¹⁰ Dicho artículo contiene quince apartados diferenciados alfabéticamente (de la letra "a" a la "ñ"), lo que, por otro lado, no quiere decir que se traten de una relación de quince deberes, ya que suele ocurrir que una letra contenga más de un deber.

Partiendo de las indicadas premisas, y teniendo en cuenta que tratamos de examinar los deberes que más directamente afectan (se hace hincapié en ello, por cuanto no se examinan cuantos deberes son recogidos en las normas de aplicación) a la actuación de autoridades y empleados públicos en materia de intervención pública en la salud, es necesario adentrarnos en el tratamiento que proporciona el indicado Estatuto Básico a la temática a la que va a ser dedicado el capítulo II siguiente.

3.- Aplicación de los "Deberes de los empleados públicos. Código de conducta" de la Ley 7/2007³¹¹.

La exposición de motivos del Estatuto Básico hace alusión al cambio producido. Dice así:

"Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos³¹², fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio".

³¹¹ Denominación del capítulo VI, del título III, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

³¹² No subrayado en original.

El siguiente paso convendría dedicarlo a determinar el alcance de la expresión utilizada ("empleados públicos") a través de la propia conceptualización del contenido normativo de la Ley. Así, su artículo 8.1, señala que

"Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales";

añadiendo el número 2 que

"Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual".

Definida la expresión de "empleados públicos" observamos como el ya indicado capítulo VI, del título III, de la Ley 7/2007, no sólo la utiliza en su propia denominación, sino que la reitera en su articulado. A saber: 1) En la entrada del contenido de su artículo 52 ("Los empleados públicos deberán..."). 2) En el párrafo segundo de igual precepto cuando vincula los deberes o código de conducta con el régimen disciplinario ("Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos"). 3) En el inicio de su artículo 53 ("Los empleados públicos..."). 4) Finalmente, en su artículo 54 -último del capítulo- en el que se refiere a los empleados públicos de forma tácita.

Es de suponer que los argumentos expuestos, junto al carácter básico de la Ley, han tenido alguna participación en la determinación adoptada por las "Instrucciones para la

aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos", de 5 de junio de 2007 (dictadas por la Secretaría General para la Administración Pública, publicadas en anexo a la Resolución de 21 de junio de 2007³¹³), para concluir en su punto 12, párrafo primero, señalando que

"El Código de Conducta, integrado por los deberes, principios éticos y principios de conducta contemplados en los artículos 52, 53 y 54, es de directa aplicación al personal funcionario y al personal laboral".

La Junta de Andalucía -Consejería de Justicia y Administración Pública-, ha dictado la *"Instrucción 3/2007, de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía"* (no consta que haya sido publicada en el BOJA³¹⁴), en la que no se refiere al capítulo que nos ocupa ni a su contenido, es decir, no se refiere al capítulo VI, del título III.

Finalmente, a los efectos que aquí interesa, se recuerda el contenido del artículo 1.3 del Estatuto Básico del Empleado Público:

"El personal (...) estatutario de los Servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas (...) y

³¹³ BOE número 150, de 23 de junio; referencia RCL 2007\1226, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³¹⁴ Ni consta recogida en la base de datos de Aranzadi.

por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84".

En la anterior excepción no se contemplan los preceptos que recogen los "Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta" (capítulo VI, del título III, artículos 52 a 54, ambos inclusive).

En consecuencia, atendiendo a cuantos argumentos han sido expuestos (a los que se podría añadir otros), se va a entender que el repetido capítulo VI, del título III, del Estatuto Básico del Empleado Público, comprensivo de los deberes, es de aplicación:

- A los funcionarios públicos.
- Al personal laboral y
- Al personal estatutario sujeto al ámbito de aplicación de la Ley 55/2003.

4.- Catálogo en la Ley 7/2007 de "Deberes de los empleados públicos. Código de conducta".

Tratando de que tengamos una visión del referido cambio, contemplaremos, en su totalidad la regulación, ex novo, recogida (sobre lo que hasta ahora se llamaba simplemente "deberes"), por el Estatuto Básico del Empleado Público. A saber:

El capítulo VI, del título III, de la Ley 7/2007, se denomina "Deberes de los empleados públicos. Código de

conducta" y es comprensivo de los artículos 52 a 54, sobre los que detenemos nuestra atención seguidamente.

4.1.- El artículo 52: Mandato sobre desempeño de tareas, cuidado de intereses generales y principios de actuación.

El primer precepto trata varias cuestiones:

a) En primer lugar nos habla del deber de desempeñar con diligencia las tareas y del deber de velar por los intereses generales. Así se manifiesta:

"Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico...,".

b) En segundo lugar (sin solución de continuidad), impone a los empleados públicos el deber de "...actuar con arreglo a los siguientes principios:

"...objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres..."

c) Seguidamente (también en el mismo párrafo) señala, por un lado, que los anteriores principios inspiran el "Código de Conducta" de los empleados públicos y, por otro lado, que tal Código está configurado por los principios éticos y

de conducta regulados en los artículos 53 y 54. Su expresión, *ad litteram*, es la siguiente:

"...que inspiran (los principios antes transcritos) el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes".

d) En párrafo separado del contenido anterior preceptúa que

"Los principios y reglas establecidos en este Capítulo (se repite, artículos 52, 53 y 54) informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos".

Queda, pues, abordar los artículos 53 y 54 (principios éticos y de conducta, respectivamente), es decir, el contenido de lo que el Estatuto entiende como "Código de Conducta" de los empleados públicos, inspirado éste, a su vez, por los principios ya reproducidos.

Antes de acometer el contenido indicado se significa que unos y otros principios (éticos y de conducta) están redactados con carácter imperativo, esto es, son *ius cogens*, por lo que se encuentra previsto que su contravención tenga la correspondiente consecuencia jurídica negativa.

4.2.- El artículo 53: principios éticos.

Los principios éticos se encuentran previstos en el indicado precepto del Estatuto Básico del Empleado Público, y no dejan de ser un catálogo de deberes que presentan, en

algunos casos, una expresión novedosa y, en otros, formulaciones no recogidas hasta la fecha³¹⁵.

4.3.- El artículo 54: principios de conducta.

Finalmente, los principios llamados de conducta se encuentran establecidos en el indicado artículo 54 del Estatuto Básico del Empleado Público, y, también, no dejan

³¹⁵ Los principios éticos referidos son los siguientes:

“1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.

3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.

4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.

8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no sólo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”.

de ser deberes que se imponen a los empleados públicos, que, por otro lado, presentan alguna novedad tanto en su expresión como en su fondo³¹⁶.

³¹⁶ Los principios de conducta imponen a los empleados públicos los siguientes deberes:

“1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio”.

VII.- APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

1.- Relación entre deberes y régimen disciplinario.

La primera cuestión a reflejar es la relación del régimen disciplinario con los deberes del empleado público. Esto es una constante que se repite en todo caso (aún cuando no suele contemplarse de forma expresa) y así se pone de manifiesto en la ya consignada manifestación del artículo 52, párrafo segundo, del Estatuto Básico del Empleado Público, que volvemos a reproducir: "*Los principios y reglas establecidos en este Capítulo (el dedicado a los deberes y Código de Conducta del personal) informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*".

2.- Regulación del régimen disciplinario en la Ley 7/2007.

Se nos presenta, en la misma línea que los deberes, la cuestión de la modificación producida por el régimen disciplinario del personal funcionario y personal laboral con motivo de la aprobación y vigencia del indicado Estatuto Básico, y es, precisamente, ésta la razón de la existencia del presente apartado.

Ya la exposición de motivos de la Ley 7/2007 hace alusión al régimen disciplinario señalando que, en cuanto a dicho régimen,

"...el Estatuto, de conformidad con su carácter básico, se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública

respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias".

2.1.- Personal funcionario y personal laboral.

Las manifestaciones de la Ley sobre el régimen disciplinario no quedan en lo expuesto, sino que su parte normativa también se pronuncia al respecto. Así, su artículo 93 indica que

"1. Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto".

Respecto del personal laboral, el número 4 del mismo precepto añade que

"4. El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral".

En el sentido indicado, se ha de traer a colación lo indicado por el artículo 7 del Estatuto del que tratamos, esto es:

"El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas

convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan".

Por último, las *"Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos"*, de 5 de junio de 2007 (referenciadas ya en el apartado IV anterior, relativo a los deberes), indican en su instrucción 13, párrafo segundo, que

"Sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1984, de 10 de enero, así como los convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulte incompatible con lo dispuesto en este título" (título VII de la Ley 7/2007).

Por su parte, y como ya se expuso en el apartado IV anterior, referido a los deberes), La Junta de Andalucía - Consejería de Justicia y Administración Pública-, ha dictado la *"Instrucción 3/2007, de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía"*, cuyo punto 8 se expresa en parecidos términos que la Instrucción estatal. A saber:

"En relación con el régimen disciplinario, continúa vigente, en todo lo que no resulte incompatible con lo dispuesto en el Título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, la regulación efectuada por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado,

aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, así como por el IV Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía”.

Seguidamente, la indicada instrucción nos dice que *“De acuerdo con el artículo 95.2 del EBEP, se consideran faltas muy graves del personal funcionario y del personal laboral los siguientes supuestos no incluidos en la normativa actual...”* (a continuación consigna una serie de tipos).

2.2.- Personal estatutario.

En cuanto al personal estatutario, sujeto al ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, conviene recordar aquello que nos dice el artículo 2.4 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público:

“Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”.

3.- Ámbito de aplicación del régimen disciplinario de la Ley 7/2007.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el régimen disciplinario previsto por el Estatuto Básico del Empleado Público (título VII de la Ley 7/2007) es de aplicación a:

3.1.- Personal funcionario.

Como hemos leído, el artículo 93 de la Ley 7/2007 manifiesta, de forma expresa, que el personal funcionario

queda sujeto al régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público.

3.2.- Personal laboral.

Al igual que ocurre con el personal funcionario, el artículo 93 de la Ley 7/2007 establece expresamente que el personal laboral queda sujeto al régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público.

3.3.- Personal estatutario.-

Para el personal sujeto al ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, hemos de entender, según la equiparación realizada por el artículo 2.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (transcrito en último párrafo del apartado 2 inmediato) y lo indicado en su artículo 93, que le es de aplicación el régimen disciplinario previsto en dicho Estatuto (Ley 7/2007).

Ahora bien, la complejidad estriba (teniendo presente que para esta clase de personal la exposición de motivos del indicado Estatuto Básico -párrafo duodécimo- considera vigente, como Ley de desarrollo de función pública del reiterado Estatuto Básico, a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud), en delimitar los tipos de aplicación al caso concreto, en el supuesto de que pueda existir alguna colisión, reiteración, etc., entre una Ley y otra.

4.- Faltas y ámbito de su aplicación.

Como ya se ha indicado, el ámbito de aplicación del régimen disciplinario previsto en el Estatuto que retiene nuestra atención, comprende al personal funcionario, al personal estatutario de los Servicios de Salud y al personal laboral.

Al referido personal le es de aplicación, necesariamente y en cualquier caso, los tipos previstos, calificados como faltas disciplinarias de carácter "muy graves", en el artículo 95.1³¹⁷ de la Ley 7/2007. Ello conlleva, en correspondencia con lo dispuesto en su disposición derogatoria única:

³¹⁷ Las faltas muy graves previstas en el Estatuto Básico del Empleado Público son las siguientes: "a) *El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública.*

b) *Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.*

c) *El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.*

d) *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.*

e) *La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.*

f) *La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.*

g) *El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.*

h) *La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.*

i) *La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico.*

j) *La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.*

k) *La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.*

l) *La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.*

m) *El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.*

n) *El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.*

ñ) *La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.*

o) *El acoso laboral".*

a) La derogación de las faltas o infracciones de igual carácter contempladas en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública [letra b)].

b) La derogación del artículo 6 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, en cuanto contradiga o se oponga a lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público [no sólo por lo expuesto en la indicada disposición derogatoria, letra g); sino, así mismo, por aplicación del principio de jerarquía normativa, entre otros].

Ahora bien, este catálogo de faltas o infracciones no es cerrado, sino que *"También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral"* [art. 95.1,p)].

En cuanto a las faltas de carácter "grave", serán establecidas *"...por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral..."* (art. 95.3).

Por último, de las faltas de carácter "leve" se dice que las leyes de Función Pública que sean dictadas en desarrollo del Estatuto determinarán su régimen aplicable (art. 95.4).

CAPÍTULO II

DEBERES DE AUTORIDADES Y RESTO DE PERSONAL

I. DEBER DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS

PREVENTIVAS

1.- Introducción.

La actuación que, como veremos más adelante, le viene impuesta a los poderes públicos para salvaguardar la salud individual y colectiva de los ciudadanos, se lleva a cabo a través de agentes adscritos a diferentes Administraciones y órganos públicos con competencia en la materia, esto es, a través del personal que, prestando servicios en aquéllas y/o éstos, se encuentra facultado para realizar funciones de inspección o control en las distintas áreas, públicas y privadas, que se hayan sometidas, según el ordenamiento jurídico, a la intervención de los referidos poderes públicos.

Las dos leyes específicas (estatal y andaluza) que regulan el sector, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, habilitan a las respectivas Administraciones Públicas para llevar a cabo actuaciones de intervención.

La primera de las normas citadas, -como ya fue anteriormente señalado- contempla tal tipo de actuaciones en el capítulo V, del título I, denominado "*De la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva*". Por su parte, la disposición jurídica andaluza reserva, para la regulación de igual tipo de actuaciones, el capítulo IV, del título IV, denominado "*Intervención pública en materia de salud*".

Partiendo de la referida habilitación que confiere el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas en orden a realizar actuaciones de intervención, hemos de distinguir varios aspectos, en la cuestión que nos ocupa, directamente relacionados con ello:

- La determinación del personal que se encuentra facultado para realizar funciones de inspección y control.

- Los supuestos o situaciones en los que el referido personal es competente para la adopción de medidas preventivas o cautelares.

- Siendo los anteriores aspectos los más esenciales, nos queda aquellos otros que se encuentran ligados estrechamente con las medidas de intervención que nos ocupan: como el principio de precaución en el ejercicio de la potestad de intervención, como la medida de destrucción de la mercancía, como la carga de los gastos derivados de la actividad de intervención y, para no extendernos más, como la protección de la salud en caso de huelga.

De todos estos aspectos vamos a tener ocasión de ocuparnos en los epígrafes siguientes.

2.- Determinación del personal competente para adoptar medidas preventivas.

Manifestando, *in primis*, el reenvío al contenido del apartado IV ("Ejercicio de las Correspondientes Potestades Públicas"), párrafo 2 ("Inclusiones y exclusiones de personal"), del capítulo I, de este título III; abordamos el presente punto, tratando de complementar, en parte, lo expuesto en aquél.

2.1.- Personal que realice funciones de inspección.

Tanto la Ley General de Sanidad como la Ley de Salud de Andalucía, cuando habla de las "*funciones de inspección*" (art. 31.1 y 23.1, respectivamente) lo hace refiriéndose, de forma genérica, al "*personal*" que lleva a cabo dichas funciones, sin especificar condición, vinculación, Cuerpo, Especialidad o situación laboral o profesional.

Así, la Ley General de Sanidad se manifiesta, en el indicado artículo 31.1, expresándose como sigue:

"El personal al servicio de las Administraciones Públicas que desarrolle las funciones de inspección...".

A su vez, la Ley de Salud de Andalucía también se refiere al personal que actúe en ese tipo de funciones, con la siguiente dicción:

"El personal que lleve a cabo funciones de inspección...".

En fin, podemos observar que el contenido esencial es totalmente equiparable entre el artículo 31.1 de la Ley General de Sanidad y el artículo 23.1 de la Ley de Salud de Andalucía; tratándose, en ambos casos, de la ausencia de concreción o definición sobre los sujetos actuantes.

La indicada Ley de Salud de Andalucía fue desarrollada por Decreto 20/2005, de 25 de enero³¹⁸

³¹⁸ Referencia LAN 2005\65, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

(intitulado incoherentemente³¹⁹ "por el que se desconcentran las competencias sancionadoras y se regulan determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud"), refiriéndose en su artículo 4 a la atribución de competencia en materia de medidas preventivas.

El número 2 del mencionado artículo 4, mantiene lo expresado por la Ley de Salud de Andalucía que desarrolla (también por la Ley General de Sanidad), como vemos a continuación:

*"Asimismo, corresponde al personal que lleve a cabo funciones de inspección la adopción de las medidas a las que hace referencia el artículo 21.2 de la citada Ley de Salud de Andalucía. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que deberá ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que las mismas fueron adoptadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 d) de la referida Ley"*³²⁰.

Ante la persistencia en el desarrollo de la Ley de Salud de Andalucía de la atribución de competencias al "personal que lleve a cabo funciones de inspección", no

³¹⁹ Se califica de incoherente porque hace referencia sólo a parte del contenido del Decreto, olvidándose de algo tan distinto y trascendente como puede ser la atribución de competencias en materia de medidas preventivas (art. 4). A mayor abundamiento, su exposición de motivos también omite cualquier referencia a las indicadas medidas, haciendo referencia únicamente a que "...se hace preciso adaptar la normativa reguladora de la atribución de competencias sancionadoras en materia de salud a la nueva estructura, así como incrementar la cuantía de las sanciones que los distintos órganos de la Consejería de Salud con competencias sancionadoras pueden imponer por la comisión de infracciones sanitarias"; si bien, cierto es, que en el artículo 1 de la Ley sí se mencionan "...las medidas previstas en el artículo 4 de este Decreto".

³²⁰ El contenido de los artículos consignados será explicitado posteriormente en apartado distinto.

queda otra consecuencia jurídica que la deducida del apotegma jurídico *ub i lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, tampoco debemos nosotros distinguir).

Consecuentemente, en principio, se encuentra habilitado para adoptar medidas preventivas el personal que tenga la consideración de funcionario y esté habilitado, legal o reglamentariamente, para realizar funciones de inspección.

2.2.- Titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.

El anteriormente referido artículo 4 del Decreto 20/2005, si en su número 2 atribuía las competencias que han sido examinadas, en su número 1 atribuye también competencias, en materia de medidas preventivas, al titular de cada una de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud. Así dice:

"El titular de cada Delegación Provincial de la Consejería de Salud, en el ámbito territorial de la misma, será competente para adoptar las medidas a las que se refiere el artículo 29 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía".

El citado artículo 29 de la Ley 2/1998 contempla las medidas preventivas que los titulares de las Delegaciones Provinciales pueden adoptar en su respectivo ámbito territorial, como son:

"La clausura o cierre de centros, servicios, establecimientos o instalaciones que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, así como la retirada del mercado, precautoria o definitiva, de productos o servicios por las mismas razones, se acordará por la autoridad sanitaria competente, no teniendo estas medidas carácter de sanción".

Como puede observarse, en este caso sí concreta el Reglamento (no lo hacía la Ley de Salud de Andalucía) los sujetos competentes para el ejercicio de la facultad de adopción de las medidas antes trascritas.

2.3.- Agentes debidamente cualificados y experimentados: Requisitos del Derecho comunitario y del Real Decreto 1397/1995.

La Directiva 93/99/CEE del Consejo, de 29 de octubre³²¹, completó la regulación contenida en la Directiva 89/397/CEE del Consejo, de 14 de junio³²² (incorporada al ordenamiento jurídico interno por el Real Decreto 50/1993, de 15 de enero³²³), mediante el establecimiento de una serie de medidas adicionales que afectaban, en lo que aquí importa, a la *"...cualificación técnica y profesional de los*

³²¹ Referencia LCEur 1993\3778, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³²² Referencia LCEur 1989\869, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³²³ Referencia RCL 1993\435, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

agentes que intervienen en el control de los productos...³²⁴"
alimenticios.

Aquella Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico interno por Real Decreto 1397/1995, de 4 de agosto, por el que se establecen medidas adicionales sobre el control oficial de productos alimenticios³²⁵, dictado al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución³²⁶. Consecuentemente, es de carácter básico y aplicable en todo el territorio del Estado español y por todas las Administraciones Públicas.

Reglamento que su exposición de motivos expresa (párrafo quinto) que ha sido dictado "*...en cuanto sus disposiciones están dirigidas a prevenir los riesgos para la salud pública*".

El citado Real Decreto 1397\1995 establece, en su artículo 2, la cualificación técnica y profesional que se requiere a los agentes que intervienen en el control de los productos. Así dice:

"Las operaciones de control a que se refiere el artículo 6 del Real Decreto 50/1993, de 15 de enero, se llevarán a cabo por agentes debidamente cualificados y experimentados, especialmente en áreas como la química, la química de los alimentos, la veterinaria, la medicina, la microbiología de los

³²⁴ Exposición de motivos del Real Decreto 1397/1995, párrafo tercero, *ad initio*.

³²⁵ BOE n.º. 246, de 14 de octubre de 1995. Referencia RCL 1995\2804, correspondiente a la base de datos de Aranzadí.

³²⁶ El artículo 149.1.16^a de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de "*Bases y coordinación general de la sanidad*" (entre otras materias).

alimentos, la higiene de los alimentos, la tecnología de los alimentos y el derecho”³²⁷.

Como podemos observar estamos en presencia de un precepto de carácter imperativo (*ius cogens*), por lo que su aplicación es obligada, en todos los casos, en el sector objeto de su ámbito de aplicación, esto es, según su artículo 1.1, “...establece las medidas adicionales destinadas a completar los principios generales para la realización del control oficial de los productos alimenticios establecidos por el Real Decreto 50/1993, de 15 de enero, por el que se regula el control oficial de los productos alimenticios”.

Control oficial para cuya definición se remite el número 2 del indicado artículo 1, al espectro de productos

³²⁷ El indicado artículo 6, al que se remite el precepto transcrito, conceptúa o define lo que ha de entenderse por control, esto es, una o varias de las operaciones siguientes:

“1. Inspección.

2. Toma de muestras y análisis.

3. Control de la higiene del personal.

4. Examen del material escrito y documental.

5. Examen de los sistemas de verificación aplicados eventualmente por las empresas y de los resultados que se desprenden de los mismos”.

El artículo 7.1 indica aquello que está sometido a la inspección:

“a) El estado y uso que se haga, en las diferentes fases mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, de los terrenos, locales, oficinas, instalaciones y su entorno, medios de transporte, equipos y materiales.

b) Las materias primas, ingredientes, auxiliares tecnológicos y otros productos utilizados para la preparación y producción de productos alimenticios.

c) Los productos semiacabados.

d) Los productos acabados.

e) Los materiales y objetos destinados a entrar en contacto con los productos alimenticios.

f) Los productos y procedimientos de limpieza y mantenimiento, así como los plaguicidas de uso en la industria alimentaria.

g) Los procedimientos utilizados para la fabricación o el tratamiento de los productos alimenticios.

h) El etiquetado y la presentación de los productos alimenticios.

i) Los medios de conservación”.

Así mismo, el artículo 8 señala, como sometidas al control de higiene, contemplado en el punto 3 del artículo 6, “todas las personas que en el ejercicio de su profesión entren, directa o indirectamente en contacto con las materias o productos mencionados en los párrafos b) a f) del apartado 1 del artículo 7. El objeto del control será verificar el cumplimiento de las normas de higiene, relativas a la limpieza personal y la vestimenta. Se realizará sin perjuicio de los reconocimientos médicos que procedan”.

indicados en los artículos 2 y 3 del citado Real Decreto 50/1993. A saber:

"El control oficial de productos alimenticios es aquel que, efectuado por las Administraciones competentes, tiene por finalidad la comprobación de la conformidad de los mismos con las disposiciones dirigidas a prevenir los riesgos para la salud pública, a garantizar la lealtad de las transacciones comerciales o a proteger los intereses de los consumidores, incluidas las que tengan por objeto su información" (art. 2).

"1. A los efectos de la presente norma, se entenderán incluidos en dicho control:

Los productos alimenticios.

Los aditivos alimentarios, vitaminas, sales minerales, oligoelementos y los restantes productos de adición destinados a ser vendidos como tales.

Los materiales y objetos destinados a entrar en contacto con los productos alimenticios.

2. El presente Real Decreto se aplicará sin perjuicio de las disposiciones adoptadas en el marco de regulaciones más específicas.

3. El presente Real Decreto no se aplicará a los controles petrológicos".

2.3.1.- Intervención de profesionales de farmacia y veterinaria, según la doctrina del Tribunal Supremo.

Presenta cierto interés atender a la interpretación judicial del artículo 2 del Real Decreto 1397/1995. Al respecto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), dictó sentencia, de 15 de diciembre de 1998³²⁸, cuyo contenido puede resumirse como sigue:

El Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos interpuso recurso contencioso-administrativo contra el indicado Reglamento 1397/1995, de 4 de agosto, solicitando del Tribunal Supremo que fuese dictada sentencia declarando la nulidad del artículo 2 del citado Reglamento y, en concreto, su referencia a la expresión "veterinaria"; alegando, en síntesis, que las disposiciones sobre la materia -citadas en el propio recurso-, trataban de forma diferenciada las expresiones "medicina veterinaria" y "veterinaria". Así, aplicaban la primera para asignar un ramo de actividad o de conocimiento, un "área", mientras que la expresión «veterinaria», tenía una vinculación específica con una profesión; añadiendo que la Directiva y el Real Decreto recurrido, que incorporado dicha expresión a nuestro ordenamiento jurídico, pretenden definir un sector de la actividad y no una profesión, y por ello no resulta correcto que el referido Real Decreto identifique el área de conocimiento con una profesión.

En trámite de conclusiones, la parte actora alegaba que si por veterinaria se entiende no un sector de la actividad y sí una profesión, entonces los titulados en farmacia no podrían acceder a tales funciones, porque se trataría de una profesión titulada diferente, y, por el

³²⁸ Referencia de la base de datos de Aranzadi: RJ 1999\157.

contrario, si la norma hablara de medicina veterinaria, era indudable que los farmacéuticos podían desempeñar tales funciones, por cuanto comprendería, por ejemplo, todo lo concerniente a los análisis de productos animales en cuanto a su influencia en la salud del hombre, y nada importaría que los farmacéuticos pudieran intervenir al amparo de otra especialidad, pues, por el concepto de medicina veterinaria también podrían intervenir.

El cuarto Fundamento de Derecho de la sentencia que nos ocupa, señala que *"...sobre todo procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, porque lo que los recurrentes pretenden, según los términos de su demanda, es que en ese artículo 2, no se identifiquen profesiones concretas y sí áreas, y ello es, lo que el artículo 2 con toda claridad y precisión hace, pues, como se advierte de su lectura, antes y previamente a la mención de la química, veterinaria, medicina, ...se refiere a agentes debidamente cualificados y experimentados especialmente en "áreas", y por tanto esa expresa referencia a áreas, cualifica las menciones posteriores, y resuelve cualquier duda, sobre si el término veterinaria se refiere a profesión o titulación o a áreas, pues la expresión veterinaria, y la medicina, química, y otras, que aparecen en el precepto, según los términos de la norma se han de entender referidas a áreas y no a titulaciones, sin que por tanto resulte preciso entrar en el análisis de si la expresión veterinaria y medicina veterinaria son o no coincidentes, pues en el caso de autos, por expresa disposición de la norma se ha de entender que identifica áreas, y por todo ello se ha de estimar no ya la falta de legitimación, sino la falta de acción, de los recurrentes, pues en buena medida lo que piden, ya está recogido en la norma, y además si se aceptara la petición, el Real Decreto*

impugnado, excluiría a un agente especializado que aparece definido en la Directiva que el Real Decreto trata de incorporar a nuestro ordenamiento".

2.4.- Personal estatutario.

Como se ha podido fundamentar, el personal estatutario -exclusión hecha del personal laboral- cumple el requisito exigido por el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Consiguientemente, en principio, no existe impedimento alguno para que pueda ejercer funciones relacionadas con la intervención pública sobre la salud (inspecciones, controles, adopción de medidas preventivas en los términos legal y reglamentariamente previstos), si reúne el resto de los requisitos exigidos en cada caso y para cada sector o subsector. *Verbi gratia*, en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1397/1995, lo requerido por su artículo 2, ya transcrito.

En el colectivo que nos ocupa en el presente epígrafe y respecto del ámbito de aplicación del Real Decreto 1397/1995, el grupo de personal estatutario que, *prima facie*, más se aproxima a cumplir los requisitos necesarios para realizar funciones en materia de intervención pública sobre la salud -lo que no quiere decir que sea el único-, sería el perteneciente a la categoría de Técnicos de Salud de Atención Primaria (especialidades de Epidemiología y Programas, Sanidad Ambiental, Medicamento y Educación para la Salud y Participación Comunitaria³²⁹), no ya por las

³²⁹ Las titulaciones exigidas para el acceso a la categoría y especialidades son las establecidas en el artículo 7 del Decreto 245/2001. A saber: "Para acceder a las distintas especialidades que integran la categoría de Técnicos de Salud de Atención Primaria será requisito imprescindible estar en posesión de las siguientes titulaciones:

a) Para la especialidad del Medicamento: Título de Licenciado en Farmacia.

b) Para la especialidad de Epidemiología y Programas: Título de Licenciado en Medicina.

funciones que, de forma expresa y específica, se atribuyen en el Reglamento que crea la referida categoría³³⁰, esto es, el Decreto 245/2001, de 6 de noviembre³³¹, sino (además de por la sabida consideración de funcionario del personal estatutario), porque algunos de sus miembros podrían encontrarse debidamente cualificados y experimentados en alguna de las áreas contempladas en el ya referido artículo 2 del Real Decreto 1397/1995 (la química, la química de los alimentos, la veterinaria, la medicina, la microbiología de los alimentos, la higiene de los alimentos, la tecnología de los alimentos o el derecho).

2.5.- Personal funcionario adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

c) Para la especialidad de Educación para la Salud y Participación Comunitaria: Título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

d) Para la especialidad de Sanidad Ambiental: Título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente”.

³³⁰ Las funciones que se atribuyen a los Técnicos de Salud de Atención Primaria en el artículo 5 del Decreto 245//2001, son las siguientes:

“1. En la Especialidad del Medicamento:

a) Asesorar técnicamente en la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de los programas y actividades relacionados con el medicamento, incluyendo los de promoción de su uso racional, los de fármaco vigilancia, los de alerta farmacéutica, información, docencia e investigación. Para ello podrán contar con la colaboración de los funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, en la especialidad de Farmacia.

b) La dirección técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación, cobertura de necesidades, custodia, distribución y dispensación de los medicamentos que deban administrarse en los Centros asistenciales de Atención Primaria del Servicio Andaluz de Salud.

c) Gestionar y mantener la calidad de los sistemas de información sanitaria relativos al medicamento.

2. En la Especialidad de Epidemiología y Programas:

a) Asesorar técnicamente en la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de los programas y actividades relacionados con el conocimiento y la investigación epidemiológica, el control de brotes-epidemiológicos, las estadísticas sanitarias de los Distritos de Atención Primaria, incluyendo la docencia y la investigación.

b) Gestionar y mantener la calidad de los sistemas de información sanitaria del Distrito relacionados con la epidemiología y los programas de salud.

3. En la especialidad de Educación para la Salud y Participación Comunitaria:

Asesorar técnicamente en la planificación, coordinación y evaluación de los programas y actividades de salud referidas a la promoción de la salud y educación sanitaria en prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación, incluida la docencia e investigación, así como la participación comunitaria.

4. En la especialidad de Sanidad Ambiental:

Asesorar técnicamente en la identificación, caracterización, vigilancia, control y evaluación de los efectos sobre la salud de los factores de riesgos ambientales, así como en la planificación, ejecución y evaluación de los programas y actividades de sanidad ambiental, incluyendo la docencia y la investigación”.

³³¹ BOJA número 137, de 27 de noviembre de 2001.

Como ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior, los empleados públicos que, en el ámbito de actuación del Servicio Andaluz de Salud, tienen atribuidas funciones de *"Inspección y control oficial"* son los pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía (Cuerpo "A.4"), compuesto por las Especialidades de Farmacia y Veterinaria.

Funciones referidas que se establecen y atribuyen en las específicas regulaciones de los indicados funcionarios, esto es, Decreto 394/2000, de 26 de septiembre, para el personal adscrito a la Especialidad de Farmacia, y Decreto 395/2000, de 26 de septiembre, para el personal adscrito a la Especialidad de Veterinaria. En concreto, los artículos 5.1 y 6.1, respectivamente, de los señalados Reglamentos establecen:

"Son funciones específicas de los Farmacéuticos pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, las siguientes:

1. Higiene Alimentaria: Inspección y control oficial de la producción y comercialización de los alimentos de origen no animal, materiales en contacto con los alimentos, bebidas, detergentes, desinfectantes, desinsectantes, aditivos, coadyuvantes tecnológicos y otros productos de uso alimentario, así como de los requisitos técnicos sanitarios de los establecimientos y/o industrias de producción, transformación, almacenamiento, transporte y comercialización de aquéllos" (art. 5.1).

"...son funciones específicas de los Veterinarios pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, las siguientes:

1. Higiene alimentaria: Inspección y control oficial de la producción y comercialización de los alimentos y productos alimenticios, así como de los requisitos técnicos sanitarios de los establecimientos y/o industrias de producción, transformación, almacenamiento, transporte y comercialización de aquéllos, en el ámbito de las competencias de la Consejería de Salud" (art. 6.1).

En cuanto a las facultades que se le atribuye a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo y Especialidades anteriormente referidas, se contemplan en los artículos 6 y 7 de los Reglamentos reseñados, disponiendo (no existe diferencia alguna entre dichos artículos) que cuando los indicados funcionarios realicen funciones de inspección (además de su consideración como agentes de la autoridad) están autorizados para:

"1. Entrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo centro o establecimiento sujeto al ámbito de aplicación de dicha Ley.

2. Proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de salud pública.

3. Tomar o sacar muestras en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en las disposiciones aplicables.

4. Realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrollen, pudiendo adoptar las medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en los casos de urgente necesidad. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas a las autoridades sanitarias competentes, quienes deberán ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que fueron adoptadas".

No existe, pues, duda alguna de la competencia de los funcionarios que nos ocupan para adoptar medidas preventivas en el ámbito de sus funciones.

2.6.- Personal funcionario adscrito a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.

Siguiendo la misma estructura ya utilizada, en el presente apartado contemplaremos los empleados públicos siguientes:

2.6.1.- Inspectores Farmacéuticos, Inspectores Médicos y Subinspectores Enfermeros.

Como ya ha sido indicado, estamos ante funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo y al Cuerpo de Técnicos de Grado Medio de la Función Pública Andaluza, Especialidades, respectivamente, de Inspección y Subinspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios.

Tales funcionarios forman parte de la denominada "Inspección de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía"³³², dependiente directamente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, cuya finalidad no es otra que *"...ejercer las funciones de inspección y control de centros, establecimientos y servicios sanitarios públicos, concertados y privados y prestaciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la vigilancia del cumplimiento de la normativa sanitaria y de la Seguridad Social..."*, en los términos establecidos en el Decreto 224/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía.

Son, por tanto, funcionarios que, si bien tienen atribuidas funciones de inspección y control -entre otras³³³-, lo es en materia distinta a la que nos hemos

³³² La Inspección de Servicio Sanitarios se estructura en la Inspección Central y en las Inspecciones Provinciales (art.19 del Reglamento aprobado por Decreto 224/2005). Estas dependen orgánicamente de la respectiva Delegación Provincial de Salud y funcionalmente de la Subdirección de Inspección de Servicios Sanitarios (art. 23.2 del Reglamento).

³³³ Las funciones que ejerce la Inspección de Servicios Sanitarios se encuentran relacionadas con las materias siguientes (art. 4 del Reglamento): " *a) Derechos y obligaciones, en el ámbito sanitario, reconocidos a la ciudadanía por la legislación vigente.*
b) Requisitos y condiciones necesarias, así como las prestaciones y atención sanitaria que ofrecen los centros, establecimientos y servicios sanitarios de titularidad pública y privada.
c) La prestación farmacéutica, en sus aspectos de elaboración, distribución, prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, así como los conciertos de los servicios farmacéuticos con el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
d) Prestaciones del sistema de Seguridad Social, gestionadas por los servicios de salud, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, informes técnico-sanitarios relativos a entidades colaboradoras con la Seguridad Social, la incapacidad temporal y permanente, de conformidad con la normativa de aplicación.
e) En general toda actividad sanitaria del personal, centros, establecimientos y servicios sanitarios públicos y privados de Andalucía, respecto al cumplimiento de las normas sanitarias asistenciales y de la calidad asistencial prestada".

A la Inspección Provincial se le asignan, por el artículo 24 del Reglamento, las siguientes funciones:

"a) La inspección, control y evaluación de los centros y establecimientos públicos en lo relativo a sus servicios y a la atención y prestaciones sanitarias que realizan.

planteado tratar en esta tesis (*nota bene* que en los objetivos propuestos se excluía la parte asistencial).

No obstante, ello no impide para hacer referencia a que los funcionarios que nos ocupan pueden adoptar medidas preventivas en materia de su competencia, en los términos previstos en el artículo 17.3 del susodicho Reglamento (medidas cautelares provisionales, las denomina éste).

2.6.2.- Personal funcionario adscrito al Servicio de Salud Pública de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.

Como ya ha sido dicho, el Servicio de Salud Pública forma parte -junto a otros Servicios³³⁴- de la estructura orgánica de las Delegaciones Provinciales de Salud. Servicio que, según el artículo 6 del Decreto 259/2001, de

b) La inspección, control y evaluación de los centros y establecimientos sanitarios concertados y convenidos, en lo concerniente a sus servicios, así como a la atención y prestaciones sanitarias que ofrecen.

c) La inspección, control y evaluación de centros, establecimientos y servicios sanitarios privados en todos aquellos aspectos que estén sujetos a informe o seguimiento por parte de la Consejería de Salud.

d) La inspección, control y evaluación de los dispositivos de transporte sanitario, atención domiciliaria, así como unidades de comunicación, urgencia y emergencias sanitarias en el marco competencial de la Consejería de Salud.

e) La inspección, control y evaluación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios que realizan cualquier tipo de producción, distribución y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, en el marco competencial de la Comunidad Autónoma Andaluza.

f) El desarrollo de las actividades y tareas encomendadas al personal del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social, por la legislación vigente, de acuerdo con las competencias transferidas a la Junta de Andalucía, o los acuerdos o convenios que ésta tenga suscritos con la Administración de la Seguridad Social.

g) La inspección, control y evaluación de los ensayos clínicos realizados en los centros sanitarios de su provincia.

h) Aquellas otras funciones que se le asignen.

³³⁴ El artículo 3.1 del Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, establece que “La estructura básica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud será la siguiente:

a) Delegado Provincial.

b) Secretaría General.

c) Servicio de Salud Pública.

d) Servicio de Prestaciones y Recursos Asistenciales.

e) Servicio de Planificación, Ordenación y Calidad Asistencial.

f) Equipo Provincial de Inspección”.

27 de noviembre, es la unidad administrativa encargada de la ejecución de las competencias que, en materia de Salud Pública, tiene encomendadas las Delegaciones Provinciales en el ámbito de:

- a) *Higiene alimentaria.*
- b) *Gestión de laboratorio de salud pública.*
- c) *Zoonosis.*
- d) *Salud ambiental.*
- e) *Educación para la salud.*
- f) *Vigilancia epidemiológica.*
- g) *Salud laboral.*
- h) *Programas de salud y farmaco vigilancia.*
- i) *Cualesquiera otras que le sean expresamente asignadas".*

Para la ejecución del ámbito competencial reseñado, al Servicio que nos ocupa le son adscritos (de acuerdo a los puestos de trabajo previstos en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo), una serie de empleados públicos con la consideración, generalmente, de funcionario, pertenecientes a Cuerpos diversos de la Función Pública de la Junta de Andalucía, entre los que se encuentra el Cuerpo Superior Facultativo (A.2), Opciones Farmacia y Veterinaria, y, en algún caso, el Cuerpo Técnico de Grado Medio (B.2), en Opción sanitaria.

Los funcionarios a los que nos referimos llevan a cabo funciones de inspección y/o control en materia de salud pública sin amparo en norma jurídica específica de atribución competencial al respecto (contrariamente a lo que ocurre, como ya hemos tenido ocasión de observar, con el personal funcionario perteneciente al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de

Andalucía -A.4-; adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Distritos de Atención Primaria).

Esa ausencia de atribución normativa expresa no significa, en principio, que los referidos funcionarios actúen contraviniendo el ordenamiento jurídico, por cuanto, cumplido el requisito de su condición funcional, puede entenderse que actúan conforme a Derecho si, a su vez, reúnen los requisitos contemplados en el artículo 2 del Real Decreto 1397/1995 y/o cualquier otra disposición aplicable al sector, subsector o materia de que se trate.

Es evidente que a partir del momento en que llevan a cabo funciones de inspección, los funcionarios que nos ocupan se encuentran habilitados para adoptar, en los términos previstos por el marco jurídico de aplicación, las medidas preventivas que requiera la situación.

2.7.- Personal adscrito a la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 62³³⁵ de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, a la

³³⁵ El contenido completo del artículo 62 de la Ley de Salud de Andalucía es el siguiente: "Corresponderán a la Consejería de Salud, en el marco de las competencias de la Junta de Andalucía, entre otras, las siguientes competencias:

1. La ejecución de los criterios, directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria, fijados por el Consejo de Gobierno.
2. Garantizar la ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación.
3. La planificación general sanitaria y la organización territorial de los recursos, teniendo en cuenta las características socioeconómicas y sanitarias de las poblaciones de Andalucía.
4. La elaboración del Plan Andaluz de Salud proponiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.
5. La delimitación de las demarcaciones territoriales y el establecimiento de las estructuras funcionales de sus competencias, tal como se establece en los Capítulos II y III del Título VII de la presente Ley.
6. La adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.
7. El otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario y el mantenimiento de los registros establecidos por las disposiciones legales vigentes de cualquier tipo de instalaciones, establecimientos, actividades, servicios o artículos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humano.

Consejería de Salud le corresponde -en lo que nos afecta-, las competencias relativas a:

"1. La ejecución de los criterios, directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria, fijados por el Consejo de Gobierno.

2. Garantizar la ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación".

"6. La adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud".

8. El ejercicio de las competencias sancionadoras y de intervención pública para la protección de la salud, establecidos en la presente Ley.

9. El establecimiento de normas y criterios de actuación en cuanto a la acreditación de centros y servicios.

10. La autorización de instalación, modificación, traslado y cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociosanitarios, si procede, y el cuidado de su registro, catalogación y acreditación, en su caso.

11. La supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios.

12. La coordinación general de las prestaciones, incluida la prestación farmacéutica, así como la supervisión, inspección y evaluación de las mismas.

13. El desarrollo y el control de la política de ordenación farmacéutica en Andalucía.

14. La coordinación y ejecución de la política de convenios y conciertos con entidades públicas y privadas para la prestación de servicios sanitarios, así como la gestión de aquellos que reglamentariamente se determinen.

15. La aprobación de los precios por la prestación de servicios y de tarifas para la concertación de servicios, así como su modificación y revisión, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los centros sanitarios.

16. La gestión del sistema de información y análisis de las distintas situaciones, que, por repercutir sobre la salud, puedan provocar acciones de intervención de la autoridad sanitaria.

17. El establecimiento de directrices generales y criterios de actuación, así como la coordinación de los aspectos generales de la ordenación profesional, de la docencia e investigación sanitarias en Andalucía, en el marco de sus propias competencias.

18. La aprobación del anteproyecto de presupuesto del Servicio Andaluz de Salud.

19. La óptima distribución de los medios económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el Sistema Sanitario Público y de cobertura pública.

20. La coordinación de todo el dispositivo sanitario público y de cobertura pública y la mejor utilización de los recursos disponibles.

21. Y todas las demás que le sean atribuidas por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes".

"7. El otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario y el mantenimiento de los registros establecidos por las disposiciones legales vigentes de cualquier tipo de instalaciones, establecimientos, actividades, servicios o artículos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humano.

8. El ejercicio de las competencias sancionadoras y de intervención pública para la protección de la salud, establecidos en la presente Ley".

"11. La supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios".

"16. La gestión del sistema de información y análisis de las distintas situaciones, que, por repercutir sobre la salud, puedan provocar acciones de intervención de la autoridad sanitaria".

"20. La coordinación de todo el dispositivo sanitario público y de cobertura pública y la mejor utilización de los recursos disponibles".

Ahora bien, si la Ley de Salud de Andalucía atribuye competencias en materia de salud pública a la Consejería de Salud, ésta, a su vez, atribuye tales competencias a las Direcciones Generales que forman parte de su estructura orgánica³³⁶.

³³⁶ Establecida, como ya se ha reflejado, por Decreto 241/2004, de 18 de mayo.

En nuestro caso, tenemos que dirigirnos a la Dirección General que nos ocupa³³⁷ y a las competencias que le han sido atribuidas por el artículo 8 del Decreto 241/2004, de 18 de mayo³³⁸, de cuyo número 2 extraemos las siguientes:

"b) La planificación, programación, dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería en materia de promoción y protección de la salud".

³³⁷ La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, contempla en su artículo 30.2, b) que corresponde a las personas titulares de las Direcciones Generales "Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección General y las que le sean desconcentradas o delegadas".

³³⁸ El contenido completo del artículo 8 es el siguiente: "1. A la Dirección General de Salud Pública y Participación le corresponden las atribuciones previstas en el artículo 42 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma.

2. Corresponden a la Dirección General de Salud Pública y Participación las siguientes funciones:

- a) La evaluación del estado de salud de la población de Andalucía y del impacto en salud de las políticas.
- b) La planificación, programación, dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería en materia de promoción y protección de la salud.
- c) La definición de las acciones a desarrollar por los proveedores sanitarios orientadas a la consecución de los objetivos del Plan Andaluz de Salud.
- d) El seguimiento y evaluación del Plan Andaluz de Salud.
- e) La definición y desarrollo del modelo integrado de salud pública.
- f) La definición, impulso y desarrollo de políticas intersectoriales.
- g) La coordinación para la elaboración, seguimiento y evaluación de los planes integrales.
- h) La definición, coordinación y evaluación de los programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, vigilancia epidemiológica, educación sanitaria, y salud laboral.
- i) El control sanitario, evaluación de riesgos e intervención pública en salud alimentaria, salubridad del medio, y otros factores que afecten a la salud pública.
- j) Las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de productos sanitarios y aquellos otros productos sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias.
- k) El control, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la publicidad y propaganda comercial de los medicamentos de uso humano, productos sanitarios, productos actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria y aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como el ejercicio de la potestad sancionadora que en esta materia corresponde a la Dirección General dentro de sus competencias.
- l) Las autorizaciones administrativas sanitarias en las materias que afecten al ámbito competencial de la Dirección General.
- m) La ordenación, inspección y sanción en materia de infracciones sanitarias, en su ámbito de actuación y dentro de las competencias asignadas a la Dirección General.
- n) El fomento e impulso de la participación de los ciudadanos y de las instituciones en las políticas de salud y en los servicios sanitarios.
- ñ) La ordenación farmacéutica en el ámbito de la Comunidad Autónoma, así como la planificación y la autorización de establecimientos farmacéuticos, y la potestad sancionadora por incumplimiento de la normativa vigente en materia de farmacia.
- o) El desarrollo de los programas de farmacovigilancia así como la coordinación de los convenios que se suscriban a tal fin.
- p) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas".

"i) El control sanitario, evaluación de riesgos e intervención pública en salud alimentaria, salubridad del medio, y otros factores que afecten a la salud pública".

"k) El control, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la publicidad y propaganda comercial de los medicamentos de uso humano, productos sanitarios, productos actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria y aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como el ejercicio de la potestad sancionadora que en esta materia corresponde a la Dirección General dentro de sus competencias".

"m) La ordenación, inspección y sanción en materia de infracciones sanitarias, en su ámbito de actuación y dentro de las competencias asignadas a la Dirección General".

"p) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas".

Pues bien, la ejecución de las competencias reflejadas y cualquier otra al respecto que estuviere atribuida, nos viene a indicar que las funciones de inspección y control, así como la adopción de medidas preventivas, en su caso, son inherentes a dicha ejecución. Por ende, una vez que el personal tiene la consideración de funcionario y se encuentra en el desempeño de un puesto de trabajo que requiera el tipo de actividades referidas, o bien reúne los requisitos previstos en el repetido artículo

2 del Real Decreto 1397/1995 y/o los requeridos por la materia de que se trate; hemos de entender que el referido personal se encuentra habilitado para adoptar las medidas preventivas objeto de nuestro estudio.

2.8.- Inspectores de Consumo.

Como ya se ha hecho referencia, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, establece en su artículo 44.1, párrafo segundo, que "*Los inspectores de Consumo serán funcionarios...*". Esta declaración nos lleva directamente a dedicarnos a otras cuestiones sin tener que pararnos en consideraciones relativas o derivadas del imperativo establecido en el artículo 2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Formando parte del título II de la citada disposición formal, encontramos su capítulo III, denominado "*Medidas Administrativas Preventivas*", cuyo artículo 59.1 preceptúa que "*Ante situaciones de riesgo inaceptable para la salud de los consumidores por la elaboración, distribución o comercialización de cualesquiera bienes o servicios peligrosos, los órganos de defensa de los consumidores tan sólo podrán adoptar medidas cautelares, que deberán ser comunicadas a la autoridad sanitaria, a efectos de su confirmación, de acuerdo con lo establecido en la normativa sectorial de salud*"³³⁹.

³³⁹ También el artículo 63.1 se refiere, si bien en general, a la comunicación que debe hacer los órganos de defensa del consumidor a otras Administraciones Públicas: "*Cuando las situaciones a que se refieren los artículos anteriores puedan afectar al ámbito de competencias de otros órganos o Administraciones Públicas, se pondrán inmediatamente en conocimiento de aquéllos con todos los datos relevantes y, si ya se han tomado, con indicación de las medidas adoptadas, extremándose en tales casos los deberes de coordinación y colaboración administrativa*".

A las indicadas medidas, señalándonos algunas de las mismas, se refiere el artículo 68, cuyo número 2 nos dice que

"Antes de la iniciación del procedimiento se podrán adoptar las referidas medidas [...cierre temporal de establecimientos, inmovilización de productos y suspensión de actividades (...)] y las necesarias para garantizar la salud y seguridad de los consumidores mientras se adopta la decisión final...³⁴⁰] incluso por los servicios de inspección, que, asimismo, podrán ponerlas inmediatamente en ejecución, si hay urgencia y se trata precisamente de preservar la salud o la seguridad de los consumidores ante un peligro inminente...".

Consecuentemente, los Inspectores de Consumo, cuando concurra el supuesto de hecho previsto en la Ley, deberán adoptar la que corresponda y comunicarla a la autoridad sanitaria, a efectos de su confirmación, en los términos previstos en el artículo 23.1, d), inciso segundo, de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y artículo 4 del Decreto 20/2005, de 25 de enero (disposiciones y preceptos a los que posteriormente nos referiremos).

2.9.- Otros funcionarios.

En primer lugar, repitiendo lo ya manifestado, sería necesario ostentar la consideración de funcionario. Así mismo, desempeñar un puesto de trabajo en el sector sanitario (administrativamente hablando, en el ámbito de competencias de la Consejería de Salud de la Junta de

³⁴⁰ Medidas referenciadas en el artículo 68.1, párrafo primero, de la Ley 13/2003.

Andalucía) y, añadido a ello, realizar funciones de inspección, así como, en su caso, reunir el resto de requisitos que fuesen exigidos para la actuación concreta (en el supuesto de productos alimenticios, ya se ha reiterado: cumplir las exigencias del artículo 2 del Real Decreto 1397/1995).

3.- Carácter y trascendencia de las actuaciones del personal funcionario habilitado.

No es ocioso referirse al carácter y trascendencia jurídica que el ordenamiento jurídico imprime a las actuaciones del personal que nos ocupa. En este sentido, se ha de tener en cuenta que el derecho propio de la Comunidad autónoma de Andalucía atribuye presunción *iuris tantum* a las actas y diligencias extendidas, así como a los hechos consignados en tales documentos por el personal que realice funciones de inspección. En este sentido se pronuncia la Ley 2/1998, de 15 de junio (BOJA número 74, de 4 de julio), de Salud de Andalucía, en su artículo 23.2:

"Las actas y diligencias formalizadas con arreglo a las Leyes extendidas por el personal que lleve a cabo funciones de inspección tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formulación y resulten de su constancia personal para los actuarios.

Los hechos consignados en las diligencias o actas y manifestados o aceptados por los interesados se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho".

Por su parte, el ordenamiento jurídico estatal recoge idéntica presunción en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, cuyo artículo 17.3 manifiesta que

"Los hechos que figuren recogidos en las actas de la inspección se presumirán ciertos, salvo que del conjunto de las pruebas que se practiquen resulte concluyente lo contrario".

Si bien, tanto el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁴¹, como el artículo 17.5 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora³⁴²; reconocen la presunción que nos ocupa, tales preceptos no serían de aplicación en el sector objeto de estudio, en cuanto la citada Ley de Salud de Andalucía atribuye al personal que realiza funciones de inspección la condición de agentes de la autoridad y no la de rango superior, como es la condición de autoridad; carácter o condición que las citadas disposiciones estatales exigen para que pueda entrar en juego la figura jurídica de la presunción *iuris tantum*.

Respecto de lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, hemos de tener en cuenta que en Derecho Administrativo no existe una definición de lo que se ha de

³⁴¹ El contenido del artículo 137.3 de la ley 30/1992 es el siguiente: "*Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados*".

³⁴² Idéntico contenido presenta el artículo 17.5 del Real Decreto 1398/1983.

entender por autoridad y agente de la autoridad³⁴³; lo cual no significa que ambos términos no sean usados y tenidos en cuenta por la indicada rama del Derecho, ya sea para atribuir una condición u otra, ya sea para diferenciarlos entre sí³⁴⁴. Es en el Código penal donde podemos encontrar definido el concepto de autoridad, si bien, como el propio precepto explicita, a efectos penales. Su artículo 24.1 nos dice que

³⁴³ El profesor Morell Ocaña, Catedrático de Derecho Administrativo, señala que “*En el contexto del Estado de Derecho la idea de autoridad constituye una noción legal; ha de ser, por ello, definida y delimitada por el precepto jurídico. Sin embargo, viene circulando en la vida real sin un perfil suficientemente preciso. Más parece un puro y simple término, un vocablo empleado aquí y allá por el legislador. Este se ha venido conformando, con harta frecuencia, con invocarlo sin abordar un trabajo definitorio. Parece como si bastare con esa invocación, y con ella los obligados lleguen a saber exactamente el contenido y alcance de la noción*” (entresacado del prólogo de la obra del citado profesor, titulada “*La configuración jurídica del principio de autoridad*” -editorial Cívitas, S.A.; primera edición, 1993-).

Respecto a la, anteriormente aludida, ausencia de concepto, en las páginas 33 y 34 de la indicada obra, podemos leer: “*La ausencia de una definición jurídico-administrativa de lo que se entiende por autoridad ha originado un alto grado de equivocidad conceptual en el manejo del término por el legislador...*”; sin que “*...los intentos de depuración de los criterios que la ley utiliza (...), desde luego no aportan una solución al problema*”. Concluye el citado autor, después de repasar distintas posturas de otros autores, indicando que “*Se deduce, pues, la necesidad de dar un valor relativo a las declaraciones legales y atender prioritariamente a la delimitación jurisprudencial (que) la Justicia Penal ha hecho del concepto autoridad*”.

Efectivamente, podemos encontrar repetidamente el término autoridad en el ordenamiento jurídico administrativo, sin embargo, al pretender hacernos de una idea legal de lo que significa el vocablo autoridad, no queda otra salida que acercarnos al Código penal y a la doctrina de los Tribunales de Justicia, fijada en sus sentencias y autos.

³⁴⁴ Como ejemplo de lo expuesto, podemos observar como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el capítulo dedicado a la intervención pública en la salud individual y colectiva (arts. 23; 26; 28 y 31), se refiere a las “*autoridades*”; sin embargo, cuando menciona al personal que realiza funciones de inspección no le atribuye ni una ni otra condición, siendo en la tipificación de las infracciones cuando reseña el término “*autoridades*”. Todo ello sin ofrecer un concepto de autoridad.

Por el contrario, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en el capítulo que dedica a la misma materia (“*Intervención pública en materia de salud*”) atribuye la condición de “*agente de la autoridad*” en su artículo 23.1 (sin ofrecer, tampoco, un concepto al respecto) al personal que realiza funciones de inspección. Por lo demás, de idéntica forma a lo que ocurre con la Ley General de Sanidad, en su homóloga andaluza también es utilizado el término autoridades, si bien en el ámbito de las infracciones se remite a la norma estatal, realizando algunas tipificaciones ajenas a una u otra consideración (autoridad o agente de la autoridad).

Un ejemplo de la distinción entre autoridad y agente lo podemos observar en el artículo 5 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, que tipifica como sanción “*La negativa o resistencia a suministrar datos o facilitar la información requerida por las autoridades competentes o sus agentes...*”.

"A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal".

En el ámbito penal también podemos observar la diferencia que existe entre autoridad y agente de la autoridad. Ejemplo de ello puede ser el artículo 550 que castiga el delito de atentado, aplicable tanto al personal que tiene la consideración de autoridad como al que tiene la consideración de agente de la autoridad; si bien diferenciándose en la pena que conlleva la comisión del delito, ya que si el atentado se produce contra autoridad, sufriría su autor mayor castigo que si se produce contra agente de la autoridad (art.551, Código penal)³⁴⁵.

4.- Regulación de las situaciones en las que procede la adopción de medidas preventivas³⁴⁶.

De entrada, la ubicación y previsión constitucional de las actuaciones preventivas que nos ocupan ya sería referente jurídico (e incluso social) suficiente para darnos cuenta de la trascendencia de las mismas. Ahora

³⁴⁵ Si el atentado se produce contra autoridad, el castigo que correspondería señalar sería la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses. En el supuesto de que fuese contra agente de la autoridad, el castigo sería la pena de prisión de uno a tres años (art. 551.1 del Código penal).

³⁴⁶ Si bien, no siempre se utiliza esta expresión de "*medidas preventivas*", cierto es que se repite la misma en el marco jurídico regulador de la materia (art. 43.2 de la Constitución; art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril; art. 21.2 y 62.6 de la Ley 2/1998, de 15 de junio; art. 4 del Decreto 20/2005, de 25 de enero; ...), utilizándose con mayor profusión que alguna otra al uso, como puede ser la denominación de "*medidas cautelares*".

bien, si descendemos en la jerarquía normativa y nos aproximamos al nivel legal y reglamentario, observaremos que esa trascendencia se manifiesta en una regulación prolija. Pues bien, vamos a tratar de examinar, con arreglo al esquema que sigue, el régimen jurídico regulador de tales medidas, no sin antes anotar que en el desarrollo del presente epígrafe se repetirán preceptos que ya han sido reproducidos en capítulos anteriores, por entender que facilita la lectura y su comprensión.

4.1.- Ordenamiento jurídico estatal.

4.1.1.- Referente constitucional:

En idéntico precepto que la Constitución de 1978 reconoce el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud, impone a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas. Hablamos del artículo 43.1 y 2 de dicha Ley de Leyes:

"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

Así mismo, y con igual carácter imperativo, el texto constitucional ordena a los indicados poderes, en su artículo 51.1, que protejan la salud de los usuarios mediante procedimientos eficaces. Precepto y número con el siguiente contenido:

"Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

4.1.2.- Marco jurídico legal:

4.1.2.1.- Ley General de Sanidad.

En cumplimiento de lo previsto en la Constitución, fue aprobada la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.16ª de la Constitución, con la condición de norma básica y, en consecuencia, aplicable a todas las Administraciones Públicas (en todo cuanto afecta a la materia que nos ocupa).

El indicado texto formal atribuye, a los órganos competentes, la facultad de someter a limitaciones preventivas de carácter administrativo las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud (art. 24 de la Ley). Limitaciones preventivas que la propia ley contempla en su artículo 26, señalando que

"1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y

personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

En el ámbito de las facultades, se ha de añadir (conectando con lo establecido en el artículo 24 de la Ley), que su artículo 31.2 establece que

"...las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento".

La naturaleza de las indicadas medidas queda definida en el artículo 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, al establecer que

"No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad".

4.1.2.2.- Ley de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

Es evidente que en el presente deber tiene cabida la norma jurídica que nos ocupa. Ahora bien, tal afirmación se ha de matizarla repitiendo su carácter dispositivo (ya se hizo alusión a ello en el número 5, del capítulo I, del título II), ya que se deja a la libre opción de las autoridades sanitarias adoptar las medidas que contempla (la forma verbal utilizada en los cuatro artículos que forman su contenido es la de "podrán" o "podrá" -en plural o singular, según corresponda-). En este caso, y en correspondencia con la remisión realizada por el artículo 43.2³⁴⁷, *in fine* ("La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"), poco podría fundamentarse a favor de la existencia del deber de adoptar la medida más conveniente en el momento que se produjera la situación de hecho.

Para el examen del contenido de la Ley, nos remitimos al número, capítulo y título indicado anteriormente.

4.1.2.3.- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La protección de la salud no sólo se garantiza y tutela por las normas sectoriales específicas hasta ahora examinadas, sino que, junto a otros bienes jurídicos también protegidos, el 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

³⁴⁷ Recordando el artículo 43.2, se expone su contenido: "*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*".

Usuarios y otras leyes complementarias³⁴⁸, en desarrollo del ya citado artículo 51.1 de la Constitución, declara, como derecho básico de éstos, *"La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud..."* [art. 8,a) de la Ley]. Derecho que se convierte en un correlativo deber para las personas obligadas, públicas³⁴⁹ o privadas, a las que también se les mandata, según el artículo 11 del indicado texto, que *"Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros"* (número 1); añadiendo en su número 2 cuándo son considerados seguros los bienes y servicios: *"Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas"* .

Respecto a la actuación de los poderes públicos dirigida a la protección de la salud pública, el artículo 15 del indicado Real Decreto Legislativo 1/2007 establece que

"1. Ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la

³⁴⁸ Referencia RCL 2007/2164, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁴⁹ El artículo 14.2 de la Ley establece que *"Para asegurar la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios las Administraciones públicas competentes podrán establecer reglamentariamente medidas proporcionadas en cualquiera de las fases de producción y comercialización de bienes y servicios, en particular en lo relativo a su control, vigilancia e inspección"*.

intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas...”³⁵⁰.

Por su parte, el artículo 16 del texto refundido prevé medidas extraordinarias en situaciones de urgencia o necesidad:

“Con carácter excepcional, ante situaciones de extrema gravedad que determinen una agresión indiscriminada a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios en más de una Comunidad Autónoma, el Gobierno podrá constituir durante el tiempo imprescindible para hacer cesar la situación, un órgano en el que se integrarán y participarán activamente las Comunidades Autónomas afectadas, que asumirá, las facultades administrativas que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos y sociales, la reparación de los daños sufridos, la exigencia de responsabilidades y la publicación de los resultados”.

4.1.3.- Marco jurídico reglamentario:

El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2001/95/CE del

³⁵⁰ Continúa indicando el artículo 15 en sus números siguientes: “2. *Las Administraciones públicas, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los riesgos detectados, podrán informar a los consumidores y usuarios afectados por los medios más apropiados en cada caso sobre los riesgos o irregularidades existentes, el bien o servicio afectado y, en su caso, las medidas adoptadas, así como de las precauciones procedentes, tanto para protegerse del riesgo, como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas.*

3. *Los responsables de la coordinación de los sistemas estatales de intercambio de información integrados en los sistemas europeos de alertas, trasladarán las comunicaciones que reciban a las autoridades aduaneras cuando, conforme a la información facilitada en las comunicaciones, los productos o servicios alertados procedan de terceros países”.*

Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (en lo que no se encontraba ya regulado en el Derecho interno español); contempla en el inicio de su capítulo III (denominado "Medidas administrativas no sancionadoras de restablecimiento o garantía de la seguridad") y, en concreto, en su artículo 8.1, que

"Los órganos administrativos competentes, de oficio o como consecuencia de las denuncias o reclamaciones que presenten los consumidores u otras partes interesadas, adoptarán las medidas previstas en este capítulo con la máxima celeridad o incluso inmediatamente cuando resulten necesarias para garantizar la salud o seguridad de los consumidores".

Medidas que se contemplan en el artículo 10 del citado Real Decreto 1801/2003, cuyo resumen se puede concretar en el contenido de su párrafo primero:

"Ante el incumplimiento de los deberes generales regulados en este Real Decreto³⁵¹, los órganos administrativos competentes podrán adoptar, inmediatamente o tras los requerimientos a que se refiere el artículo anterior, las medidas imprescindibles para restablecer o garantizar la salud y seguridad..."

Por último, si bien con fuerza de ley formal, el Real Decreto 1945/1983, de 22 junio, por el que se regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del

³⁵¹ Este Reglamento habla en su exposición de motivos del deber general de "no lesionar ni poner en peligro la salud y la integridad física de las personas" o, expresado de otro modo, de "no perjudicar ni poner en riesgo la salud y seguridad de los consumidores, lo que se convierte en el deber de poner en el mercado únicamente productos seguros".

consumidor y de la producción agroalimentaria, después de hablar en su artículo 14.3 de la posibilidad de que la Administración proceda cautelarmente a la intervención de la mercancía, añade en su número 4, que

"En el supuesto de riesgo real o previsible para la salud pública se adoptarán cualesquiera otras medidas que ordenen las autoridades sanitarias".

4.2.- Ordenamiento jurídico andaluz.

4.2.1.- Referente estatutario:

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley orgánica 7/2007, de 19 de marzo³⁵², confiere a la Comunidad Autónoma (art. 55.2) la competencia compartida en materia de sanidad interior y la competencia sobre ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos.

4.2.2.- Marco jurídico legal:

4.2.2.1.- Ley de Salud de Andalucía.

Al amparo de los títulos competenciales indicados fue aprobada la ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, con el objeto, entre otros, de regular las actuaciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud previsto en la Constitución (art. 1.1); cuyo capítulo IV (arts. 19 a 23) se dedica a la *"Intervención pública en materia de salud"*, contemplándose

³⁵² Ya sabemos que deroga la Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía.

en éste diversas manifestaciones normativas referentes a la materia que nos ocupa. En este sentido, se ha de recoger:

a) El mandato, dirigido a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, de establecer

"...prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud" (art. 19.3).

b) El mandato de actuar en los términos de su artículo 21:

"1. Las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus respectivas competencias, establecerán y acordarán limitaciones preventivas de carácter administrativo respecto de aquellas actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud.

2. Asimismo, adoptarán cuantas limitaciones, prohibiciones, requisitos y medidas preventivas sean exigibles en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud. En este sentido, podrán decretar la suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales que tengan una repercusión extraordinaria y negativa para la salud de los ciudadanos, siempre que exista o se sospeche razonablemente la existencia de este riesgo.

3. Las medidas previstas en el apartado 2 que se ordenen con carácter obligatorio, de urgencia o de

necesidad, deberán adaptarse a los criterios expresados en el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública”.

c) La autorización al personal que lleve a cabo funciones de inspección para

“Realizar cuantas actuaciones sean precisas en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrolle, pudiendo adoptar las medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en casos de urgente necesidad, conforme a lo que establece el artículo 21, apartado 2, de la presente Ley. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas a las autoridades sanitarias competentes, quienes deberán ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que fueron adoptadas” [art. 23.1, d)].

d) La atribución, de carácter dispositivo, a las autoridades sanitarias competentes de

“...ordenar (como consecuencia de las actuaciones de inspección) la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los centros y establecimientos, por requerirlo la protección de la salud colectiva, o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento” (art. 23.3).

e) Igualmente, se le atribuye a la autoridad sanitaria competente, con carácter imperativo, la adopción de las siguientes medidas (eximiendo a éstas de carácter sancionador):

"La clausura o cierre de centros, servicios, establecimientos o instalaciones que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, así como la retirada del mercado, precautoria o definitiva, de productos o servicios por las mismas razones..." (art. 29).

f) En el ámbito de las competencias, se le atribuye a la Consejería de Salud, entre otras,

- "La adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud" (art. 62.6).

- "El ejercicio de las competencias (...) de intervención pública para la protección de la salud, establecidas en la presente Ley (art. 62.8).

4.2.2.2.- Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía:

No es gratuito hacer referencia a la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, aún cuando puede entenderse que se trata de una disposición jurídica no

específica (cuando menos, no la más específica,) para el sector objeto de nuestra investigación.

En el sentido indicado, conviene reflejar que la exposición de motivos de la Ley señala que *"El punto de partida lo constituye la proclamación de una serie de derechos básicos de los consumidores, que se sintetizan en los siguientes: el derecho a la protección de la salud y seguridad..."* (apartado II, párrafo primero). Continúa indicando el mismo apartado (segundo párrafo) que *"No obstante, la concreción normativa de estos derechos no se agota en esta Ley, sino que hay que acudir más allá, a los desarrollos legislativos de otras materias cercanas o conexas, tales como la sanidad..."*.

Consiguientemente, vamos a detenernos en las alusiones a las medidas de carácter preventivo que realiza la Ley que nos ocupa. Así, su artículo 9, contempla que

"Las Administraciones Públicas de Andalucía (...), ejercerán medidas de vigilancia especial y permanente para asegurar el cumplimiento de la normativa reguladora sobre: a) La calidad higiénico-sanitaria de los alimentos y bebidas y de los establecimientos donde se elaboren, almacenen o expendan".

Así mismo, la Ley dedica el capítulo III, de su título II, comprensivo de los artículos 58 a 70, a las *"Medidas Administrativas Preventivas"*. Al respecto, se dice en la referida exposición de motivos (apartado IV) que *"La Ley, en el capítulo III del título II, presta especial atención a las potestades no sancionadoras de la Administración para evitar situaciones de riesgo para los derechos de los consumidores. De conformidad con lo establecido en el*

Derecho comunitario y en el Derecho estatal básico, se contemplan, desde luego, las situaciones de riesgo para la salud y seguridad que puedan derivar de bienes, regulando la actuación que deben desarrollar en tales supuestos las Administraciones de la Comunidad Autónoma. Pero se prevén también en esta Ley potestades ante las situaciones de riesgo que deriven de servicios (...). Se han concretado los supuestos de hecho ante los que la Administración debe reaccionar para proteger los intereses públicos afectados, enumerando las medidas administrativas de aplicación en cada caso, en función de la naturaleza y circunstancias en que se presenten.

Así mismo se regulan los requisitos formales para la adopción de estas medidas con todas las garantías posibles y se valoran igualmente las posibilidades de medidas provisionales y urgentes en todos los casos en que lo requieran para que no se consumen o perpetúen los daños a la salud o a la seguridad...".

De entre los preceptos que más directamente afectan a nuestro trabajo, seleccionamos los siguientes:

a) El artículo 58, que presenta el siguiente contenido:

"1. La Administración adoptará las medidas previstas en este capítulo con la máxima celeridad para garantizar la salud o la seguridad de los consumidores, cuando existan claros indicios de riesgo.

2. Todas las medidas que se adopten de conformidad con el presente capítulo deberán ser adecuadas y proporcionadas al riesgo que afronten y lo menos

restrictivas de la libre circulación de mercancías y de la libertad de empresa.

3. La instrucción de causa penal no será obstáculo para que la Administración adopte, modifique, confirme, levante o ejecute las medidas previstas en este capítulo.

4. Cuando sea posible y suficiente para asegurar con eficacia los intereses generales perseguidos, la Administración podrá optar por la colaboración voluntaria de los particulares y por la concertación con ellos o con los sectores implicados.

5. La adopción de las medidas incluidas en este capítulo, que no tienen carácter sancionador, no excluye la iniciación del procedimiento sancionador cuando proceda”.

b) El artículo 59 se refiere, directa y expresamente, al sector sanitario o de la salud pública, diferenciándolo claramente de la parte del sector jurídico regulador del Derecho de consumo o de defensa de los consumidores. A saber:

“1. Ante situaciones de riesgo inaceptable para la salud de los consumidores por la elaboración, distribución o comercialización de cualesquiera bienes o servicios peligrosos, los órganos de defensa de los consumidores tan sólo podrán adoptar medidas cautelares, que deberán ser comunicadas a la autoridad sanitaria, a efectos de su confirmación, de acuerdo con lo establecido en la normativa sectorial de salud.

2. Ante situaciones de riesgo inaceptable para la seguridad de los consumidores, los órganos de defensa de los consumidores deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar o reducir, en su caso, dicho riesgo. Estas medidas podrán consistir en:

a) Establecer condiciones previas a la comercialización que favorezcan la seguridad del producto.

b) Suspender o prohibir la oferta, promoción o venta.

c) Inmovilizar cautelarmente o retirar los bienes ofertados a los consumidores y, si fuese necesario, acordar su destrucción en condiciones adecuadas.

d) Clausurar establecimientos.

e) Establecer medidas que garanticen la plena eficacia de las anteriores".

c) El artículo 60 nos habla de cuando se presume que se produce un riesgo para la salud y seguridad. Así, nos dice que

"Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un riesgo inaceptable ante el funcionamiento de establecimientos o la comercialización de bienes y servicios que no cuenten con las autorizaciones o controles preventivos

necesarios, establecidos por la legislación vigente, por razones de salud o seguridad.

El hecho de que los bienes o servicios no sean contrarios a los reglamentos que establezcan sus condiciones o, incluso, hayan superado los controles administrativos obligatorios no impedirá la adopción excepcional de las medidas previstas en este capítulo, si, pese a ello, pueden resultar peligrosos para la salud o la seguridad de los consumidores”³⁵³.

³⁵³ Los preceptos siguientes se expresan así: artículo 61 (no procede: habla de intereses económicos y sociales). Artículo 62: “1. Las medidas de los artículos anteriores podrán afectar a los responsables de la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios y a cualquier otro responsable del mantenimiento o existencia del riesgo del bien o servicio, aunque ignorasen y no hubieran podido conocer los defectos del producto o actividad. Pueden tener uno o varios destinatarios concretos o una pluralidad indeterminada de destinatarios o incluso carácter general.

2. También podrán afectar estas medidas a los responsables de la prestación de servicios de la sociedad de la información cuando con su actividad originen, de forma directa, consciente o inconscientemente, la situación de riesgo.

Asimismo, se podrá ordenar a quien actúe como intermediario la supervisión de los datos que transmitan o almacenen en los términos previstos en la legislación sectorial correspondiente”.

Artículo 63: “1. Cuando las situaciones a que se refieren los artículos anteriores puedan afectar al ámbito de competencias de otros órganos o Administraciones Públicas, se pondrán inmediatamente en conocimiento de aquéllos con todos los datos relevantes y, si ya se han tomado, con indicación de las medidas adoptadas, extremándose en tales casos los deberes de coordinación y colaboración administrativa.

2. Igualmente, la Administración de la Junta de Andalucía, a través del órgano de defensa del consumidor habilitado para ello, podrá instar las acciones de cesación previstas en la normativa para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas competentes”.

Artículo 64: “1. Para adoptar las medidas previstas en los artículos 59 y 61, será necesario seguir el correspondiente procedimiento tramitado conforme a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la normativa sectorial correspondiente y a lo que se prevea reglamentariamente, salvo en aquellos casos en que fuera imposible la localización o identificación de los responsables de la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios y a cualquier otro responsable del mantenimiento o existencia del riesgo.

2. Si el acto administrativo afecta a sujetos determinados, se les dará audiencia y las demás posibilidades de intervención que corresponden a los interesados según la referida Ley. En tal caso, el procedimiento deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de seis meses.

3. Excepcionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, apartado 6, de dicha Ley, podrá prorrogarse el plazo por acuerdo motivado del órgano al que corresponda la resolución, atendiendo al número de personas afectadas, a las dificultades para su identificación y localización y, en su caso, a la necesidad de practicar notificaciones en el extranjero”.

Artículo 65: “1. Para la ejecución y plena efectividad de las medidas adoptadas en virtud de este capítulo, los órganos de defensa del consumidor podrán solicitar la colaboración de otros órganos de la Administración Pública de Andalucía y especialmente de los Cuerpos de Seguridad.

2. Los responsables de la elaboración, distribución, comercialización o puesta en servicio de bienes y servicios deberán colaborar con la Administración para conseguir la eficacia de las medidas adoptadas a fin de evitar los riesgos detectados.

3. Los órganos de defensa del consumidor podrán exigir a los responsables de los riesgos detectados el pago de los gastos ocasionados”.

d) El artículo 68 se refiere a las medidas provisionales que pueden adoptarse. Su contenido es como sigue:

1. En el procedimiento que se siga para adoptar las medidas definitivas que permite este capítulo, se podrán tomar medidas provisionales para que durante su tramitación no se produzcan los daños que se trata de evitar.

Las medidas que permite este artículo son las de cierre temporal de establecimientos, inmovilización de productos y suspensión de actividades, ventas, ofertas o promociones y las necesarias para garantizar la salud y seguridad de los consumidores mientras se adopta la decisión final o, en su caso, las absolutamente imprescindibles para evitar la lesión de los demás intereses protegidos de los consumidores.

Estas medidas provisionales podrán tomarse en el mismo Acuerdo de Iniciación del Procedimiento o durante la instrucción por el órgano competente para resolver.

Artículo 66: “1. Cuando se observe un incumplimiento de leyes o reglamentos que afectan a los intereses de los consumidores pero que no genere los riesgos inaceptables a que se refieren los artículos 59 y 60 de esta Ley, la Administración podrá inicialmente advertir al transgresor de la situación ilegal y de su obligación de cesar en la conducta y requerirle para que subsane los defectos detectados.

2. Estas advertencias y los consecuentes requerimientos los podrán realizar los órganos competentes en materia de defensa del consumidor y los inspectores de Consumo sin más requisito que dejar constancia escrita de su contenido y de la fecha en que se pone en conocimiento del sujeto afectado. A estos efectos, bastará la entrega de copia del acta de inspección en la que consten”.

Artículo 67: “1. La competencia para adoptar cualquiera de las medidas previstas en este capítulo corresponderá a los órganos de defensa del consumidor de la Administración autonómica.

2. Los órganos municipales, sin menoscabo de lo establecido en el apartado anterior, podrán adoptar estas medidas cuando la situación a la que respondan sea estrictamente de ámbito local y se pueda afrontar en su totalidad dentro del término municipal. En caso contrario, sólo podrán adoptar provisionalmente las medidas circunscritas a su ámbito territorial que sean urgentes, poniéndolo en conocimiento inmediato de los órganos autonómicos para que tomen las decisiones procedentes. También colaborarán en la aplicación de las que se tomen en un ámbito superior”.

2. Antes de la iniciación del procedimiento se podrán adoptar las referidas medidas, incluso por los servicios de inspección, que, asimismo, podrán ponerlas inmediatamente en ejecución, si hay urgencia y se trata precisamente de preservar la salud o la seguridad de los consumidores ante un peligro inminente, todo ello de conformidad con el apartado 2 del artículo 72 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y con la duración máxima y régimen previsto en ese apartado³⁵⁴.

3. Para tomar las medidas provisionales a que se refieren los dos apartados anteriores bastará que haya indicios suficientes del riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores y que resulten imprescindibles para evitar ese riesgo”³⁵⁵.

³⁵⁴ El artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que “2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”.

³⁵⁵ El resto de artículos del capítulo III establecen lo siguiente: artículo 69: “1. Las medidas adoptadas finalmente podrán coincidir o no con las provisionales y ser permanentes, si el peligro es de esa naturaleza y no hay otra forma de evitar los riesgos, o temporales, en caso contrario.

2. Las medidas provisionales y las definitivas temporales mantendrán su vigencia mientras la Administración no las alce, pero deberán alzarse si no se confirman los indicios que las motivaron, se subsanan las deficiencias observadas o por cualquier otra causa desaparece el peligro que trataba de evitarse.

3. Los órganos de defensa del consumidor podrán indicar los cambios que deban introducirse en los bienes o servicios para que se levanten las medidas o el destino distinto del inicialmente previsto al que puedan dedicarse los bienes afectados sin comportar ningún otro riesgo.

4. Las medidas podrán completarse, modificarse o sustituirse por otras que resulten más adecuadas o por las que se tomen en ámbitos territoriales superiores si es que el riesgo tiene una extensión y características que así lo exige”.

Artículo 70: “Cuando los órganos competentes lo juzguen necesario para evitar lesiones a los derechos de los consumidores, como medida complementaria o única, pondrán en conocimiento inmediato de los consumidores potencialmente afectados, por los medios en cada caso más apropiados, los riesgos o irregularidades existentes y las precauciones procedentes tanto para que ellos mismos puedan defenderse como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas”.

4.2.3.- Marco jurídico reglamentario:

El Decreto 20/2005, de 25 de enero, por el que se desconcentra las competencias sancionadoras y regula determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud, atribuye, así mismo, competencias en materia de medidas preventivas a los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud y al personal que realice funciones de inspección (*nota bene* que no se especifica cuerpo alguno o puesto de trabajo):

"1. El titular de cada Delegación Provincial de la Consejería de Salud, en el ámbito territorial de la misma, será competente para adoptar las medidas a las que se refiere el artículo 29 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

2. Asimismo, corresponde al personal que lleve a cabo funciones de inspección la adopción de las medidas a las que hace referencia el artículo 21.2 de la citada Ley de Salud de Andalucía. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que deberá ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que las mismas fueron adoptadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 d) de la referida Ley".

Por otra parte, Los Decretos 394/2000 y 395/2000, ambos de 26 de septiembre, que regulan, entre otras cuestiones, las funciones del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía,

autorizan a los funcionarios, cuando lleven a cabo funciones de inspección, para:

*“Realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrollen, pudiendo adoptar las medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en los casos de urgente necesidad. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas a las autoridades sanitarias competentes, quienes deberán ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que fueron adoptadas” (arts. 6.4 y 7.4, respectivamente)*³⁵⁶.

³⁵⁶ En un ámbito menos general, como puede ser el de productos de la pesca, el artículo 94 de la Ley 1/2002, de 4 de abril (referencia LAN 2002\172, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), contempla lo que denomina medidas provisionales, de la forma siguiente:

“1. Con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, así como para la protección provisional de los intereses implicados, se podrán adoptar motivadamente las medidas provisionales que a continuación se relacionan:

- a) Fianza.*
- b) Retención de las tarjetas de identificación profesional marítimo-pesquera del patrón.*
- c) Suspensión temporal de la licencia de pesca o de la actividad.*
- d) Inmovilización temporal de la embarcación o del medio de transporte.*
- e) Cierre temporal de las instalaciones o establecimientos.*
- f) Incautación de productos de la pesca y acuicultura.*
- g) Incautación de artes, aparejos, útiles de pesca, equipos u otros accesorios no reglamentarios o prohibidos.*
- h) Incautación de artes, aparejos, útiles, equipos u otros accesorios reglamentarios utilizados de modo antirreglamentario.*

2. En todo caso, se adoptarán necesariamente las medidas provisionales contempladas en los apartados f) y g), cuando se trate de productos con talla no reglamentaria.

3. Las medidas provisionales podrán ser adoptadas una vez iniciado el procedimiento por el órgano administrativo competente para instruirlo. También podrán adoptarse antes de la iniciación del procedimiento administrativo, y por razones de urgencia, por el órgano competente para efectuar las funciones de inspección [el Decreto 84/1999, de 6 de abril, por el que se establece el régimen sancionador y de inspección de la comercialización y transporte de productos de la pesca, establece en su artículo 4 el personal que tiene competencias de inspección en esta materia; refiriéndose, en su número 2, letra a), a los “Veterinarios oficiales del Servicio Andaluz de Salud y los dependientes de la Consejería de Salud en las lonjas después de la primera venta, almacenes, centros de manipulación, y mercados mayoristas y minoristas”].

4. Las medidas provisionales adoptadas con anterioridad a la iniciación del expediente sancionador deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento. Durante la tramitación del mismo, éstas podrán ser modificadas o levantadas, todo ello en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

Para el supuesto en que la medida provisional haya sido adoptada antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el acuerdo de iniciación del mismo deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción.

5.- El principio de precaución en la adopción de medidas preventivas.

En el número 7.1 del capítulo I, del título II, referíamos que el Real Decreto 1801/2003, de 26 diciembre (deroga su antecedente, el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero³⁵⁷), que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, constituía una disposición de carácter horizontal y naturaleza supletoria, que completa y no interfiere con las específicas existentes. De tal forma, que su artículo 1.4 se hacía eco de su supletoriedad³⁵⁸:

También se hacía alusión al artículo 8.1 del indicado Real Decreto 1801/2003, que ahora transcribimos:

"Los órganos administrativos competentes, de oficio o como consecuencia de las denuncias o reclamaciones que presenten los consumidores u otras partes interesadas, adoptarán las medidas previstas en este capítulo con la máxima celeridad o incluso inmediatamente cuando resulten necesarias para garantizar la salud o seguridad de los consumidores".

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de la misma. Estas medidas se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

5. Los gastos de conservación y mantenimiento derivados de las actuaciones descritas anteriormente correrán a cargo del imputado si en la resolución del expediente se aprecia la comisión de una infracción".

³⁵⁷ Este Reglamento incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992.

³⁵⁸ Se recuerda el contenido del citado artículo 1.4: "Cuando para un producto exista una normativa específica que tenga el mismo objetivo y que regule su seguridad, este Real Decreto sólo se aplicará con carácter supletorio a aquellos riesgos, categorías de riesgos o aspectos no regulados por dicha normativa".

Por su parte, el número 2, del mismo artículo 8, contempla en su párrafo primero, el principio de proporcionalidad en la adopción de las "medidas administrativas no sancionadoras" (medidas preventivas, en definitiva); y, en su segundo párrafo, el principio de cautela o principio de precaución. Ambos párrafos tienen la siguiente trascripción:

"Las medidas adoptadas, así como los medios para su ejecución o efectividad, deberán ser congruentes con los motivos que las originen, proporcionadas con los riesgos que afronten y, de entre las que reúnan esos requisitos, las menos restrictivas de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados.

En todo caso, se tendrá en cuenta el principio de cautela, que posibilitará la adopción de las medidas previstas en este artículo para asegurar un nivel elevado de protección a los consumidores, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud o la seguridad, aunque siga existiendo incertidumbre científica".

Respecto al indicado principio de cautela o de precaución el Tribunal Supremo se refiere al mismo en su sentencia número 1546/1999, de 6 de noviembre³⁵⁹ [fundamento de Derecho segundo, párrafo sexto, a)], con el siguiente pronunciamiento:

³⁵⁹ Referencia RJ 1999\8102, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

“El Tribunal de Justicia de la CEE ha elaborado una jurisprudencia comunitaria de la que es preciso extraer conclusiones también para la interpretación del derecho interno en esta materia. En efecto, en su reciente Sentencia de 5-5-1998³⁶⁰ el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución, que el TCEE prevé expresamente en el artículo 174 (tratados consolidados, antiguo art. 130R) en relación al medio ambiente. En dicho precedente el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas (en sentido amplio) en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun «cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados»”.

La aplicación en materia alimentaria del principio de precaución se produce, *ad exemplum*, en el caso del aceite de orujo por parte de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 3 de noviembre de 2004³⁶¹.

El primer fundamento de Derecho, de la indicada sentencia, nos pone en situación. Dice así: *“Se interpone el presente recurso Contencioso-Administrativo frente a la resolución tácita dictada por la Ministra de Sanidad por la que se desestima la reclamación de responsabilidad*

³⁶⁰ Referencia TJCE 1998\80 («Reino Unido/Comisión», C-180/1996), correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁶¹ Referencia de la sentencia JUR 2005\231242, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

patrimonial planteada por la entidad recurrente, con fecha 3 de julio de 2002, y que se formula en reclamación de los daños ocasionados a la empresa recurrente en relación a la alerta alimentaria 2001/99 activada por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo en relación a la presencia de determinados hidrocarburos aromáticos policlínicos (HAP), especialmente alfa-benzopireno, en aceite de orujo de oliva.

Basa su reclamación la parte recurrente en el hecho de que ejerce una actividad empresarial dedicada a la extracción de aceite de orujo de oliva y que la alerta alimentaria a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, le ocasionó una serie de perjuicios..." (párrafos primero y segundo).

Continúa señalando el Tribunal que "La parte alegó como fundamentos jurídicos de su demanda tanto la Constitución, la Ley 30/92 y su normativa de desarrollo; la Ley General de Sanidad y el Real Decreto 44/96³⁶² por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor" (párrafo octavo).

Por último, -a los efectos de comprensión que interesan- recuerda el Tribunal que "Entiende la resolución que, finalmente, rechazó la petición de indemnización de la recurrente, que los perjuicios que se hayan ocasionado a la recurrente a resultas de la interpretación que hayan realizado las autoridades de la Junta de Andalucía no son responsabilidad del Ministerio de Sanidad. Considera que el daño sufrido por la recurrente no es un daño que proceda de

³⁶² En la actualidad la referencia procedería hacerla al Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre; Reglamento que derogó al Real Decreto 44/1996.

la conducta de la Administración y que el daño sufrido no era un daño antijurídico y que la Administración actuó con prudencia valorando todos los principios que resultan obligados a resultas del llamado «principio de precaución»".

Los razonamientos de la Audiencia Nacional nos indican que "La alerta declarada vino precedida de la analítica aleatoria que permitió conocer la importancia de la intervención de la sustancia de que se trata en la composición del producto afectado por aquélla, y que vendría a ser confirmada en virtud de los análisis efectuados con ocasión de la ejecución de la medida por las Administraciones Autonómicas. Y cumple los criterios de proporcionalidad y transitoriedad que adicionalmente contempla el artículo 6.4 del citado Real Decreto 44/96, criterios que pueden enmarcarse, a su vez, dentro de las exigencias del principio de precaución que en materia de gestión de riesgos vienen propugnando la jurisprudencia comunitaria y la Comisión Europea. Exigencias que detalladamente se exponen en el informe técnico obrante a los folios 83 y siguientes del expediente, y que consisten en que las medidas que se adopten sean proporcionales al nivel de protección elegido, que no sean discriminatorias en su aplicación, sean coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en el examen de los posibles beneficios y costes de la acción o la falta de acción, sujetas a revisión y capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas específicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa" (fundamento de Derecho sexto, párrafo tercero).

Pero siendo lo anteriormente expuesto significativo, va más allá la mención que realiza la Audiencia Nacional al

principio de precaución en el párrafo siguiente de igual fundamento, refiriéndose a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

"A destacar también la aplicación que de dicho principio (principio de precaución) se hace en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de mayo de 1998, citada por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, y conforme a la cual, cuando subsista la incertidumbre respecto a la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados".

Por su parte, la Audiencia Provincial de La Rioja, en sentencia número 135/2001, de 10 de octubre³⁶³, nos ilustra ampliando parte de lo ya expresado por los anteriores Tribunales de Justicia, además de referenciar una serie de sentencias del Tribunal Supremo. Así, en su fundamento de Derecho primero, párrafo tercero, nos dice:

"El Tribunal de Justicia (de las Comunidades Europeas) ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución, que el TCEE prevé expresamente en el artículo 174, en relación al medio ambiente. En dicho precedente el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas (en sentido amplio) en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun "cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la

³⁶³ Referencia JUR 2002\15114, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados". En idéntico sentido las SSTs de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2387), núm. 517/2000. De 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10337). Núm. 1973/2000, la de 20 de enero de 2001 (RJ 2001, 180), núm. 18/2001, y la de fecha 31 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7177)".

6.- La medida preventiva de destrucción de la mercancía.

A partir del momento en el que por personal competente en la materia se entiende (y así es puesto de manifiesto de forma expresa en el correspondiente documento público), que el producto examinado debe ser retirado o, en su caso, no reincorporado a los circuitos comerciales, por existir o presumirse que su comercialización supone riesgo o peligro para la salud pública, o, dicho de otro modo, por no ser apto para su consumo³⁶⁴; el camino a seguir concluye con la destrucción del indicado producto³⁶⁵. Actuación distinta sería temeraria y susceptible de incurrir, en su caso, en responsabilidad administrativa y/o penal.

Sin embargo, paradójicamente, la medida preventiva de destrucción del producto sólo se encuentra expresamente contemplada³⁶⁶ en dos disposiciones:

³⁶⁴ Si bien se expresa de dicho modo, no se puede olvidar que el profesional actuante ha de sujetarse, en la redacción de la correspondiente acta, a la casuística y a su expresión que contiene el marco jurídico de aplicación.

³⁶⁵ En su caso, otra posibilidad puede ser la de destinar el producto a un aprovechamiento distinto al que, estaba destinado en principio; supuesto que no nos paramos a considerar.

³⁶⁶ Número 7 del capítulo I, del título II.

a) En el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, cuyo artículo 10.3, párrafo segundo, inciso primero, preceptúa que las *"...mercancías deberán ser destruidas si su utilización o consumo constituyera peligro para la salud pública"*.

b) En el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, el cual establece en su artículo 10, letra c), que para todo producto inseguro que ya haya sido puesto en el mercado, se podrá adoptar (además de su *"...retirada del mercado y, como último recurso, su recuperación de los consumidores"*), la medida de: *"Acordar y proceder a su destrucción en condiciones apropiadas"*.

Ahora bien, ello no quiere decir que la medida de destrucción de la mercancía no tenga amparo legal bajo expresiones generales³⁶⁷ que pueden cubrir cualquier medida que sea adoptada (evidentemente, siempre que sea dirigida a la finalidad prevista); pero no deja de ser cierto que han sido consignadas expresamente en las leyes sectoriales (estatal y autonómica) otra serie de medidas preventivas - como hemos podido constatar anteriormente- y no la que nos ocupa, siendo como es trascendente no sólo en la esfera jurídica de los derechos e intereses del poseedor, sino, y lo que es más importante, para la salud pública. A mayor abundamiento, la medida de referencia (destrucción del producto) pone el punto y final a un procedimiento que se inicia con la detección del producto.

³⁶⁷ Expresiones tales como, entre otras: Art. 26, Ley 14/86: *"cuantas otras-medidas- se consideren sanitariamente justificadas"* (art. 26 de la Ley 14/1986); *"medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo"* (art. 15, R.D.Ley 1/2007); *"medidas cautelares provisionales necesarias a fin de evitar perjuicios para la salud en casos de urgente necesidad"* [art. 23.1, d), Ley 2/1998]; etc.

Cierto es, también, que, en el ámbito de las medidas preventivas, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, se "acerca" a la medida de que tratamos cuando en su artículo 29 habla de "...la retirada del mercado, precautoria o definitiva, de productos o servicios".

Pero es en la doctrina de los Tribunales de Justicia donde encontramos alusiones concretas a la medida preventiva de destrucción de los productos. Valga por todas la sentencia (referida anteriormente, en parte) del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 1996, y, en concreto, su fundamento de Derecho tercero, que realiza un recorrido normativo digno de tener presente. A saber:

"Asimismo, las disposiciones que el recurrente considera infringidas autorizan, como él mismo reconoce, la retirada, con carácter cautelar, de los productos defectuosos. Los poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquéllas. En los casos en que la medida de retirada o intervención tiene por objeto un producto peligroso para la salud humana que no puede tener otro destino útil que el derivado de su consumo, la autorización para la retirada o intervención del producto comporta implícitamente la habilitación a la Administración para que pueda adoptar medidas de destrucción³⁶⁸, si éstas son necesarias para proteger la salud pública".

³⁶⁸ No subrayada en original.

Continúa señalando el Tribunal Supremo, en el mismo fundamento de Derecho, la casuística en la que procede adoptar la medida de destrucción:

"Así sucede cuando es necesario impedir una ulterior contaminación o adulteración, evitar el riesgo de que los productos intervenidos puedan ser reintegrados fraudulentamente a los circuitos de consumo o cuando concurren cualesquiera otras circunstancias relacionadas con la preservación de la salud que puedan justificar la destrucción".

También en el mismo fundamento de Derecho prosigue el Tribunal Supremo estableciendo doctrina acerca de la medida que nos ocupa, refiriéndose al Real Decreto 1945/1983:

"En consecuencia, el artículo 14.3 del Decreto 1945/1983, al autorizar a la Administración para proceder cautelarmente a la intervención de la mercancía, faculta a aquélla para ordenar la destrucción³⁶⁹ cuando concurren las circunstancias de que se ha hecho mención. El apartado 4 del mismo artículo ofrece también cobertura habilitante a esta potestad administrativa, pues establece la facultad de la Administración para adoptar «otras medidas», poniendo de relieve con ello que la relación del apartado anterior no sólo comprende implícitamente las consecuencias lógicas de las medidas que allí se citan, sino que no es exhaustiva, y alcanza a otras medidas que puedan considerarse incardinadas en el fin de protección de la salud que la regulación persigue.

³⁶⁹ No subrayado en original.

Con ello no se predetermina el resultado que pueda arrojar el expediente sancionador y la procedencia, en definitiva, de decretar el decomiso definitivo o de dejar sin efecto la intervención, a que se refiere el artículo 14.3 del Real Decreto 1945/1983, ni la responsabilidad de la Administración a que en este último caso pudiera haber lugar”.

Así mismo, la sentencia alude al artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, con idéntica temática:

“Tampoco puede sostenerse, por la misma razón que acaba de exponerse, que el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, excluya la destrucción de los productos intervenidos peligrosos para la salud. La correcta interpretación de este precepto legal lleva a la conclusión de que la destrucción de productos nocivos es una de las medidas que puede acordar la autoridad sanitaria cuando concurren los presupuestos previstos de riesgo inminente y extraordinario para la salud”.

No deja de aludir también la sentencia a la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, referencia que hay que entenderla realizada en la actualidad al texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y a sus correlativos o concordantes preceptos:

“A su vez, dentro de las medidas relacionadas con «la obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que por cualquier otra causa,

suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas» [artículo 5.2, g) de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la defensa de consumidores y usuarios] debe estimarse comprendida la de acordar la destrucción de los productos³⁷⁰ peligrosos.

El artículo 38 de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, al referirse a la sanción accesoria de decomiso, da por supuesta la interpretación que acabamos de exponer, pues admite como una de las posibles consecuencias de aquella medida la consistente en la destrucción de la mercancía³⁷¹ que la ley ordena que sea por cuenta del infractor”.

Finalmente, el fundamento de Derecho tercero concluye rechazando las alegaciones del recurrente y refiriéndose a la actuación administrativa controvertida en la sentencia que continúa ocupándonos:

“No se advierte, en consecuencia, infracción, omisión o aplicación indebida de estos preceptos por la sentencia recurrida, en cuanto deduce de las facultades por parte de la Administración la inexistencia de responsabilidad patrimonial por el hecho de haber acordado preventivamente la destrucción³⁷² de la partida de jamones y pancetas propiedad de los recurrentes”.

³⁷⁰ No subrayado en original.

³⁷¹ *Idem de idem.*

³⁷² *Idem de idem.*

7.- Crítica a la ausencia de claridad y técnica jurídica en el marco regulador de las medidas preventivas.

La literalidad e incluso la esencia de las disposiciones jurídicas aplicables en esta materia -las ya reseñadas- no puede ser ejemplo, precisamente, de modelo de técnica jurídica, sino de confusión y falta de homogeneidad. Incluso, nos atreveríamos a manifestar que el principio de seguridad jurídica no aparece por parte alguna a la hora de tratar de encontrar cierto nivel de certeza y seguridad sobre la situación o situaciones en las que tendrían que adoptarse las medidas preventivas que nos ocupan. Ciertamente es, que la cuestión puede verse desde prisma distinto: así, al describir situaciones diferentes, es posible "elegir el menú" (cualquier expresión de las contempladas) que más se adapte a la situación que se presente en el momento de la actuación inspectora; si bien, ello suele conducir a mezclar términos, a omitir los esenciales y a considerar que la expresión "propia" también es indicadora de la situación de hecho.

Como en tantas ocasiones, un ejemplo puede servirnos para situarnos y constatar la causa de estas manifestaciones. Pues bien, podemos observar como el profesional que realiza funciones de inspección se encuentra, en el momento de plantearse la necesidad de adoptar una medida preventiva (motivándola, como es exigido por el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como por la jurisprudencia), con las opciones siguientes:

a) Acogerse, como fundamento o causa de la medida preventiva, a que la situación de hecho observada puede suponer un *"riesgo inminente y extraordinario para la*

salud" (art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril; art. 21.2 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, y art. 43.2 del Decreto 20/2005, de 25 de enero).

b) Acogerse, como fundamento o causa de la medida preventiva, a que su adopción es "*de urgente necesidad*" (art. 23, inciso primero, de la citada Ley, y arts. 6 y 7, de Decretos 394/2000 y 395/2000, ambos de 26 de septiembre, respectivamente).

c) Acogerse, como fundamento o causa de la medida preventiva, a que la situación de hecho observada sea "*...de riesgo para la salud...*" [art. 15.1, *ab initio*, de la Ley aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

d) Acogerse, como fundamento o causa de la medida preventiva, a que concurre un "*supuesto de riesgo real o previsible para la salud pública*" (art. 14.3 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio).

e) Acogerse, como fundamento o causa de la medida preventiva, a que su adopción resulta "*necesaria para garantizar la salud o seguridad de los consumidores*" (art. 8.1 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre).

En fin, la cuestión deviene con mayor complejidad para el personal que realiza funciones de inspección en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, si tenemos en cuenta (después de considerar que le es aplicable las disposiciones estatales referidas por su propio carácter) que el Decreto 20/2005 sólo atribuye competencia a dicho personal para la adopción de "*las medidas a que hace referencia el artículo 21.2 de la citada Ley de Salud de*

Andalucía" (art. 4.2), esto es, en el supuesto de que "exista o se sospeche razonablemente la existencia de" "riesgo inminente y extraordinario para la salud". Por otro lado, estamos ante el único supuesto previsto de forma expresa en el que el propio actuante tiene que dar cuenta inmediata de su actuación al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, a quien corresponde ratificar o no la adopción de la medida preventiva adoptada, en el plazo de 48 horas (art. 4.2, inciso segundo, del Decreto 20/2005, de 25 de enero, y art. 23.1, d), inciso segundo, de la Ley 2/1998, de 15 de junio).

La regulación efectuada, a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, supone, en aplicación del principio de necesidad de atribución expresa de competencia o principio de legalidad, que, según el ordenamiento jurídico andaluz, sólo podrá ser sometida a conocimiento del titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud correspondiente, aquella medida que se ampare en un supuesto de existencia o sospecha razonable de riesgo inminente y extraordinario para la salud.

8.- Excursus, carga de los gastos producidos con ocasión de la adopción de medidas preventivas.

La cuestión que se aborda es una consecuencia del ejercicio de las facultades de intervención que para la protección de la salud pública otorga el ordenamiento jurídico y se pone de manifiesto con posterioridad a la adopción de la medida o medidas preventivas que sean adoptadas.

El marco jurídico sectorial de aplicación trata de la cuestión que nos ocupa en diversas disposiciones, manteniendo en todas ellas el mismo principio, que repasamos a continuación:

a) Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio: su artículo 10.3, párrafo tercero, nos dice que

“Los gastos que originen las operaciones de intervención, depósito, decomiso, transporte y destrucción serán de cuenta del infractor”.

b) Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre: su artículo 12.4 viene a expresar, así mismo, que

“Los gastos de retirada, recuperación, realización de avisos especiales, almacenaje, traslado y cualesquiera otros similares, y, en su caso, la destrucción de los productos, serán a cargo de quienes con sus conductas ilegales los hubieran originado”.

c) Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: tres de sus preceptos se refieren a esta temática³⁷³. Por una parte, el artículo 15.1, inciso segundo, que después de referirse, como ya ha sido

³⁷³ Con anterioridad al actual texto refundido, el artículo 6 bis, número 1, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (añadido por el artículo 1.1 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre), al hilo de referirse a la adopción de “... las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas”; contemplaba, así mismo, que “En estos supuestos, todos los gastos que se generen serán a cargo de quien con su conducta los hubiera originado, con independencia de las sanciones que, en su caso, puedan imponerse. La exacción de tales gastos y sanciones podrá llevarse a cabo por el procedimiento administrativo de apremio”.

expresado, a la adopción de medidas (“...que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo...”), por parte de las Administraciones Públicas, añade que

“En estos supuestos, todos los gastos que se generen serán a cargo de quien con su conducta los hubiera originado, con independencia de las sanciones que, en su caso, puedan imponerse. La exacción de tales gastos y sanciones podrá llevarse a cabo por el procedimiento administrativo de apremio”.

Por otra parte, el artículo 52, a) de igual texto legal, después de establecer como sanción accesoria “El decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor y usuario” (párrafo primero), contempla, en su segundo párrafo (igual precepto y letra) que

“Los gastos derivados de las medidas adoptadas en el párrafo anterior, incluidas, entre otras, las derivadas del transporte, distribución y destrucción, serán por cuenta del infractor”³⁷⁴.

d) Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto: Finalmente, se trae a colación (en el ámbito ya de la potestad sancionadora), lo dispuesto en el artículo 4.2 del Reglamento aprobado por la indicada disposición jurídica, cuyo contenido trata de no aumentar el gravamen económico

³⁷⁴ Sobre el infractor el artículo 48 del texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 nos dice que “Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial”

del sujeto afectado. Dicho número y precepto se manifiesta como sigue:

"El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional o de las disposiciones cautelares que, en su caso, se adopten se compensarán, cuando sea posible, con la sanción impuesta".

9.- La protección de la salud y los servicios esenciales en caso de huelga.

9.1.- El derecho de huelga y la implicación de otros derechos constitucionales.

Ya nos hemos referido al entorno constitucional, legal y reglamentario del derecho de protección a la salud; sin embargo, queda un aspecto de dicho entorno por examinar. Podríamos centrarlo planteándonos si la facultad y deber de adoptar medidas preventivas de protección de la salud es susceptible de afectar al ejercicio del derecho de huelga (siendo como es, uno de los derechos fundamentales) y, consiguiente y correlativamente, al "mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad", en expresión del artículo 28.2 de la Constitución, que se reproduce a continuación:

"Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

Como podemos deducir y constataremos seguidamente, en la cuestión planteada entra en juego más de un derecho de los reconocidos al mayor nivel jurídico. A saber:

a) Por un lado, el ya mencionado derecho de huelga, transcrito anteriormente.

Derecho que, *per se*, no es ilimitado en cuanto el mismo precepto y número establece el mandato de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, si bien remitiéndose a norma con rango legal.

La indicada remisión hay que entenderla hecha, en defecto de desarrollo postconstitucional del indicado artículo 28, al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo³⁷⁵ (en los términos resultantes de la "depuración" jurídica realizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, de 8 de abril de 1981), cuyo artículo 10, párrafo segundo, señala que

"Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios"³⁷⁶.

También contempla dicho precepto y párrafo, *in fine*, la intervención del máximo órgano del poder ejecutivo

³⁷⁵ Referencia RCL 1977\490, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁷⁶ No subrayado en original.

cuando indica que *"El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas"*³⁷⁷.

Consecuentemente, por un lado, tenemos que el derecho de huelga no es ilimitado y, por otro lado, se faculta para adoptar aquellas medidas de intervención necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios.

Si el derecho objetivo recoge la posibilidad de la limitación del derecho de huelga, la interpretación realizada por los Tribunales de Justicia no enerva en absoluto el criterio de limitación aludido. En tal sentido, y sólo como, *ad exemplum*, de la doctrina de dichos Tribunales de Justicia, podemos consignar que ya en los albores del Estado de Derecho el Tribunal Constitucional señalaba que el derecho de huelga no es un derecho absoluto, sino sometido a límites, en concreto su sentencia 11/1981, de 8 de abril³⁷⁸⁻³⁷⁹, establecía que

*"...el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la huelga tiene su límite legítimo en el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; y que para la determinación de estos servicios mínimos, deben ponderarse en cada caso los bienes y derechos afectados"*³⁸⁰, el ámbito de la huelga, su duración y restantes circunstancias".

³⁷⁷ No subrayado en original.

³⁷⁸ Referencia RTC 1981\11, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁷⁹ Referencia contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía número 851/2003, de 15 de diciembre.

³⁸⁰ No subrayado en original.

Derechos afectados que, para el sector y supuesto que nos ocupa, son los siguientes (con el mismo nivel y protección que el derecho de huelga):

- Derecho a la vida y a la integridad física (art. 15³⁸¹).
- Derecho a la seguridad, en su caso (art. 17.1³⁸²).
- Derecho a la dignidad de la persona, a los derechos que le son inherentes y al respeto a la Ley (art. 10³⁸³).
- Derecho a la protección de la salud (art. 43.1 y 2; así como art. 51.1).

9.2.- El derecho de huelga en relación con la salud, según la doctrina de los Tribunales de Justicia.

Nota bene que, atendiendo al bien jurídico que es susceptible de ponerse en peligro, nos encontramos en un ámbito o sector que presenta su propia especificidad frente a las relaciones de conflicto manifestadas y articuladas vía huelga. Particularidad que parte de la propia hermenéutica de los Tribunales de Justicia expuesta en sus resoluciones, a las cuales nos vamos a referir sin pretender agotar el tema ni hacer una exhaustiva enunciación de todo aquello que han declarado aquéllos. Sí se pretende, *ad exemplum*, confirmar lo aseverado con la propia expresión de éstos. A saber: El Tribunal Supremo ha

³⁸¹ En lo que nos afecta, el artículo 15 de la Constitución establece que “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*”.

³⁸² El artículo 17.1, inciso primero, de la Constitución indica que “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*”.

³⁸³ El artículo 10.1 de la Constitución nos dice que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

tenido ocasión de pronunciarse al respecto señalando en una de sus resoluciones (sentencia de 22 de septiembre de 1986 -FJ sexto-³⁸⁴) que *"...el derecho de la comunidad a las prestaciones esenciales hospitalarias en defensa de la salud y la vida prima sobre el derecho de huelga"*.

A su vez, en la sentencia de 13 de febrero de 1989, (fundamento jurídico segundo)³⁸⁵, viene a reiterar más explícitamente lo ya expuesto, al manifestar que *"...cuando se trata de un servicio público que exige el mantenimiento de unas atenciones esenciales mínimas, vitales para los ciudadanos, cual es la asistencia médica y hospitalaria, su determinación debe hacerse con criterios restrictivos respecto del derecho de huelga, de suerte tal que prime la asistencia al ciudadano y la cobertura de las atenciones vitales al cuerpo social"*.

Pero si ello es, tal cual ha sido expuesto, para el ámbito de la asistencia sanitaria (aspecto que, precisamente, no contempla esta tesis), no deja de ser aplicable en aquellos supuestos en los que se encuentra en juego la salud pública no asistencial. En este sentido, podemos atender a los criterios generales que plasma, sobre los servicios esenciales para la comunidad, el Tribunal Constitucional en su ya conocida y vieja sentencia número 11\1981 (fundamento jurídico 18):

"En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios"

³⁸⁴ Referencia RJ 1986\4640, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

³⁸⁵ Referencia RJ 1989\1056, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga".

10.- Incumplimiento del deber.

Para adoptar medidas preventivas se ha de tener la condición de funcionario o personal estatutario competente en la materia (para mayor precisión nos remitimos a lo ya expuesto, al respecto, en anteriores apartados), o bien la consideración de autoridad sanitaria con competencia en la materia.

10.1.- Ámbito disciplinario y ámbito sancionador general.

El régimen disciplinario sería de aplicación exclusivamente a los indicados funcionarios y personal estatutario competente en la materia, por encontrarse previsto para cada una de esta clase de personal el correspondiente régimen disciplinario. Por el contrario, en el caso de las autoridades sanitarias no existe regulación específica (régimen disciplinario), por lo que sólo podría aplicarse (no contempla exclusión expresa al respecto) el procedimiento sancionador general previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Así mismo, en las regulaciones previstas en estos ámbitos no encontramos tipos específicos en los que poder subsumir el incumplimiento del deber, sino inespecíficos, referidos, de forma genérica, a las funciones o deberes.

10.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El régimen disciplinario previsto por el Estatuto Básico del Empleado Público recoge un tipo, de posible aplicación, en la letra g) de su artículo 95.2, calificándolo como falta muy grave y definiéndolo como

"El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas".

10.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

Se trata de contemplar la regulación específica que, en su caso, pueda existir para cada clase de empleado público habilitado para adoptar medidas preventivas.

Por ende, el presente apartado se dedicará al personal estatutario, personal funcionario y autoridades sanitarias, excluyendo al personal laboral en razón de lo ya expuesto en apartados anteriores y se deriva del artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

10.1.2.1.- Personal estatutario.

Encontramos en su régimen disciplinario los tipos genéricos siguientes:

a) Infracción grave: el artículo 72.2, f) de la Ley 55/2003 contempla como falta de dicho carácter la conducta definida como

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: Con esta calificación jurídica encontramos el tipo o conducta prevista en el artículo 72.3, c) de la Ley 55/2003, definida como

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

c) Infracción leve: por último, el artículo 72.4, de la repetida ley 55/2003 contiene dos tipos, de susceptible aplicación, en sus letras d) y f); respectivamente:

"El descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones cuando no afecte a los servicios de salud, Administración o usuarios".

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

10.1.2.2.- Personal funcionario.

El régimen disciplinario establecido para esta clase de personal venía siendo, hasta la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, el Reglamento de Régimen Disciplinario previsto en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero. Con posterioridad a la referida vigencia los funcionarios públicos quedan sujetos al régimen disciplinario establecido por el indicado Estatuto Básico y, en desarrollo del mismo, en las normas que sean dictadas sobre Función Pública (art. 93.1 de la Ley 7/2007). Ello

determina que a este personal le sea aplicable la falta muy grave contemplada en el apartado 10.1.1, sin olvidar lo que, además, pudiera deparar lo previsto en el artículo 95.2, p) del susodicho Estatuto Básico del Empleado Público, esto es, la creación de otras faltas muy graves por Ley de las Cortes Generales o del Parlamento de Andalucía.

Respecto a las restantes clases de infracciones habrá que estar: 1) Respecto de las graves: a lo que pueda derivarse del artículo 95.3 de la Ley 7/2007. 2) En cuanto a las leves: también habrá que estar a lo que se derive del número 4 de igual precepto.

No obstante lo expuesto, si atendemos a la *Instrucción 3/2007*, de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía, y a su homóloga de la Administración General del Estado (recogidas en el número 2, del apartado VII -"Apuntes sobre el régimen disciplinario"-, del capítulo I, del título III), el Real Decreto 33/1986 contiene, en el grupo de infracciones leves (en las graves no existe tipo alguno que fuese susceptible de plantearse su aplicación), dos tipos de posible aplicación la conducta trasgresora del deber, en las letras d) y e) de su artículo 8. A saber, respectivamente:

"El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones" y

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

10.1.2.3.- Autoridades sanitarias.

Ya se ha indicado que a las autoridades sanitarias no les es de aplicación el régimen disciplinario previsto para los empleados públicos, pero que podría ser de aplicación el régimen sancionador general (se repite: no existe exclusión expresa al respecto) establecido en los artículos 32 a 37, ambos inclusive, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Sin embargo, no existe precedente conocido por el doctorando de casos en los que así hubiese ocurrido. La exigencia de responsabilidad a autoridades sanitarias se suele dirimir a través de la petición de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de que se trate y de la responsabilidad penal.

10.2.- Ámbito penal.

En este ámbito poco se puede aportar, salvo decir que habría que estar al caso concreto para poder determinar, en su caso, los tipos en los que podrían subsumirse los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad.

II. DEBER DE PRESTAR COLABORACIÓN
PROFESIONAL POR RAZONES DE
URGENCIA O NECESIDAD

1.- Introducción.

En el frontispicio del presente deber, debemos señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante un deber sobre el que se ha entendido que tenía la suficiente singularidad como para contemplarlo y examinarlo de forma autónoma, independiente, de otras manifestaciones de colaboración que establece el marco jurídico sectorial que acapara nuestra atención -legislación sanitaria y regímenes jurídicos de personal-, fundamentalmente-.

Las razones de esta decisión son varias, y, entre las mismas, podemos indicar:

a) La propia independencia con la que es contemplado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [art. 19, f)].

b) La relevancia de su tratamiento en el régimen disciplinario del indicado texto legal, en donde ha sido establecido un supuesto de hecho específico, con la única calificación jurídica de infracción de carácter muy grave, para sancionar la conducta que incumpla el deber [art. 72.2,i)].

c) La trascendencia de la materia de la que trata, que le lleva al propio texto legal a dedicarle un precepto (art.

59) en el que habilita a las autoridades sanitarias para suspender transitoriamente derechos constitucionales de los trabajadores y, finalmente, su conexión con las medidas especiales contempladas en norma jurídica formal con rango jerárquico de orgánica (3/1986, de 14 de abril)³⁸⁶.

2.- Personal estatutario.

El presente deber se circunscribe al personal estatutario de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud y se contempla, de forma directa, en el artículo 19, letra f) de la Ley 55/2003, manifestando que el referido personal viene obligado a

"Prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad".

No cabe duda que tal exigencia de colaboración presenta un aspecto distinto a sus otras manifestaciones. Así, si en éstas nos encontramos en un ámbito limitado a lo doméstico o interno, esto es, a la institución, centro o unidad a la que esté adscrita el personal; en la presente manifestación, sin embargo, su proyección puede extenderse a ámbitos externos, como se pondrá de manifiesto a continuación.

Por un lado, la Ley 55/2003, refiriéndose tanto al derecho a la protección de la salud y al precepto de la Constitución que lo contempla (artículo 43), como a la

³⁸⁶ La disposición de colaboración se convierte en deber profesional como terminamos de señalar. Sin embargo, no queda ahí la exigencia y necesidad social, sino que es el Estatuto de Autonomía para Andalucía el que establece el deber de "todas las personas" de "Colaborar en las situaciones de emergencia" [art. 36.1, c)].

especial importancia que a nivel individual, familiar y social tienen las prestaciones de carácter sanitario; nos dice que el apartado 2 de dicho artículo encarga a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; señalando, a continuación, que ello *"determina que un elevado número de los centros y establecimientos en los que tales prestaciones y servicios se desarrollan deban permanecer en funcionamiento de manera constante y continuada"* (ámbito interno o doméstico); demandando, a su vez, que *"Tales centros y establecimientos han debido adoptar, por tanto, un modelo de organización funcional específico, directamente orientado a poder atender, en cualquier momento, las demandas de prestación sanitaria que puedan producirse"* (exposición de motivos apartado IV, párrafo segundo).

Por otro lado, el artículo 59 de la Ley 55/2003, titulado *"Medidas especiales en materia de salud pública"*, se refiere al deber que examinamos en el ámbito interno que nos ocupa, si bien, con una dimensión más amplia, al hablarnos de la suspensión transitoria de las disposiciones de la sección que regulan el tiempo de trabajo y el régimen de descansos (sección 1ª del capítulo X), en los supuestos en los que las autoridades sanitarias adopten medidas excepcionales sobre el funcionamiento de los centros sanitarios, conforme a lo previsto en el artículo 29.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad³⁸⁷.

³⁸⁷ Añade el artículo 59.1 de la Ley 55/2003, que las medidas podrán ser adoptadas *"siempre que tales medidas así lo justifiquen y exclusivamente por el tiempo de su duración"* (a continuación habla de la comunicación de ello a los órganos de representación del personal).

A su vez, el artículo 29.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad establece que *"Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes"*

Si la referida habilitación a las autoridades sanitarias se realiza de forma general o plural, la habilitación que contiene el número 2 del citado artículo 59 se efectúa para la adopción de medidas en un determinado centro, en el caso de que las circunstancias concretas que concurren en el mismo imposibiliten el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos humanos disponibles³⁸⁸.

Añade, además, el indicado número 2 del artículo 59, que en el supuesto de adoptar las medidas a las que alude "*...se elaborará un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria*".

Del alcance de las medidas referidas anteriormente, se excepciona "*...al personal que se encuentre en situación de permiso por maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo*".

3.- Personal funcionario y personal laboral.

El presente deber no se establece en el régimen jurídico funcional ni en el régimen jurídico laboral. Tampoco se contempla previsto en la Ley 7/2007 como deber (ni directo ni indirecto). Por ende, nos encontramos que se reduce, de forma exclusiva, al personal que tiene la consideración de estatutario, es decir, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal

podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios".

³⁸⁸ Medidas que han de ser tomadas "por el tiempo imprescindible y mediante resolución motivada adoptada previa consulta con los representantes del personal" (art. 59).

Estatutario de los Servicios de Salud, sin perjuicio de lo que pudiera derivarse de lo dispuesto en el número 3 de su artículo 2.

4.- Interrelaciones jurídicas.

No podemos olvidarnos, ya para el ámbito interno y, en su caso, externo (actuación fuera de la institución, centro o unidad en la que preste servicios el personal), de la Ley orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que regula la posibilidad de adoptar tal tipo de medidas cuando las circunstancias lo requieran.

Pues bien, los artículos primero, segundo y tercero de la Ley han sido examinados en el número 5, del capítulo I, del título II, y con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, se remite para su lectura al indicado lugar: No obstante, se hace una breve recopilación de los indicados preceptos:

a) El artículo primero hace una atribución competencial, determinando, a su vez, las medidas que pueden adoptarse y la finalidad de las mismas, así como la circunstancia en la que procede su adopción; esto es, respectivamente expuesto: 1) Habilita a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, para que adopten las medidas previstas en la propia Ley. 2) La finalidad de las medidas no es otra que proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro. 3) La causa de su adopción ha de ser la concurrencia de razones sanitarias de urgencia o necesidad.

b) El artículo segundo contempla la clase de medidas que pueden ser adoptadas, siempre y cuando *-condicio sine qua*

non para actuar- se aprecie indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o a las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Las medidas contempladas, con el carácter de lista cerrada, son las de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control.

c) El artículo tercero contempla el supuesto del control de las enfermedades transmisibles ("*en caso de riesgo de carácter transmisible*"), habilitando a la autoridad sanitaria -con carácter de cláusula abierta- para la adopción, no sólo de las acciones preventivas generales, sino también de las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias.

Expuesto lo anterior, procede que examinemos ahora el artículo cuarto de la Ley orgánica 3/1986, que nos habla del supuesto en que un medicamento o producto sanitario se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento. Nos dice lo siguiente:

"Cuando un medicamento o producto sanitario se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá:

a) *Establecer el suministro centralizado por la Administración.*

b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes”.

La circunstancia o supuesto que plantea el transcrito artículo 4, puede afectar de forma tangencial a los profesionales sanitarios y a toda la organización sanitaria, ya que se prevé que, para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá actuar conforme establecen las letras a)y b) del susodicho precepto.

5.- Excursus, limitación del derecho fundamental de libertad y seguridad.

Los artículos segundo y tercero de la disposición formal que nos ocupa, atribuyen a las autoridades sanitarias, como ya ha sido expuesto, la facultad-deber de limitar el derecho a la libertad que la Constitución reconoce a los ciudadanos en su artículo 17.1.

Esta facultad-deber o deber-facultad incide sobre un derecho que forma parte del grupo que la sección primera, del capítulo segundo, del título I, de la Constitución, reconoce como fundamental y recubre con una serie de garantías -a las que posteriormente nos referiremos- de las que no gozan el resto de derechos no incluidos en el referido grupo. Evidentemente, ello, con ser trascendente, no sería suficiente si para tal intervención no fuese necesaria la adopción de medidas especiales y en éstas no tuviera participación, en buena parte, el personal o grupo

humano que presta servicios en los centros sanitarios. De ahí que, entendamos que la cuestión planteada se hace acreedora a dedicarle, a continuación, un examen más detenido.

La referida cuestión, esto es, la hospitalización forzosa, o cualquier otra medida de control de pacientes o personas o grupos de éstas que padezcan enfermedades contagiosas o puedan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a su situación sanitaria (artículos 2 y 3 de la Ley orgánica 3/1986); nos conduce directamente al texto constitucional, en donde encontramos dos derechos que afectan a la cuestión planteada, como son los reconocidos en sus artículos 17.1 y 43. El primero de los preceptos trata del derecho a la libertad y a la seguridad; el segundo precepto contempla el derecho a la salud. Uno y otro derecho va a ser examinado seguidamente.

5.1.- Derecho a la libertad y a la seguridad.

Como ya ha sido indicado, el artículo 17.1 de la Constitución contempla este derecho con el contenido que sigue:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y la forma previstos en la ley".

Los números 2 y 3 del indicado artículo se refieren a la detención de la persona desde la

perspectiva policial y judicial de averiguación o esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos. Sin embargo, no se refieren al caso de la restricción de libertad de una persona por ingreso en un centro hospitalario, en contra de su voluntad.

Es una realidad que el indicado ingreso supone la privación de la libertad de la persona (física y de deambulaci389), por lo que estaríamos afectando, de entrada, al derecho recogido en el artículo 17.1 de la Constitución.

Al respecto, traemos a colación la "Convención sobre los Derechos del Niño", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 20 de noviembre de 1989 y firmada por España, el 26 de enero de 1990, en Nueva York³⁹⁰, cuyo artículo 25 se refiere al internamiento de menores:

"Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación".

³⁸⁹ Lo cual constituye el núcleo de este derecho fundamental, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990. No se trata de la simple aplicación de un tratamiento terapéutico, que podría quedar al margen del 17.1 de la Constitución, sino de una actitud mucho más intensa (Sentencia Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio).

³⁹⁰ Referencia RCL 1990\2712, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

5.2.- Derecho a la protección de la salud.

El segundo de los derechos referidos lo reconoce el artículo 43.1 y 2 de la Constitución, cuyo contenido repetimos una vez más:

"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

Consecuentemente, además del reconocimiento por la Constitución -en términos universales o generales-, no ya del derecho a la salud, sino del derecho a la protección de la salud; dicho texto constitucional dirige a los poderes públicos el mandato de que organicen y tutelen la salud pública mediante (en lo que aquí afecta) la adopción de medidas preventivas. Como no podría ser de otra forma, cuando las circunstancias de hecho las hagan necesarias para la defensa del indicado derecho a la protección de la salud.

5.3.- Diferencias y colisión de ambos derechos.

Por un lado, nos encontramos que, por ejemplo, el ingreso obligatorio de una o más personas en un centro sanitario, restringiría el derecho que le reconoce el artículo 17.1 de la Constitución. En el otro extremo de la balanza, el no ingreso de la persona

o grupo de personas afectadas de algún tipo de enfermedad contagiosa o situación sanitaria que afectara a la salud de la población, incidiría, igualmente, en el derecho que a todos y cada uno de los ciudadanos le reconoce el artículo 43.1 del indicado texto, esto es, incidiría negativamente en el derecho a la protección de su salud, individual y colectiva.

Por ende, la colisión entre los dos derechos examinados se pone claramente de manifiesto. La cuestión se centraría en ponderar uno y otro derecho. Pero, previamente a ello, hemos de certificar que el conflicto surge por la concurrencia, como ha sido ya expuesto, de dos derechos contrapuestos.

Derechos que, además de su diferencia sustantiva, presentan otra de carácter formal, que es necesario contemplar por su trascendencia. Nos estamos refiriendo a la ubicación en el texto constitucional de uno y otro derecho.

En la línea de lo anteriormente indicado, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el derecho reconocido por el artículo 17.1 se haya ubicado en la sección primera, del capítulo segundo, del título primero de la Constitución, titulada "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*". Por consiguiente, estamos ante un derecho que goza de unas garantías que recoge el propio texto constitucional (desarrollo mediante ley orgánica -art. 81- y protección especial mediante procedimiento específico, ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del

recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional -art. 53.2-).

Por el contrario, el derecho que reconoce el artículo 43 de la Constitución forma parte del capítulo tercero, de su título primero, denominado "*De los principios rectores de la política social y económica*". De esta ubicación no puede predicarse que el derecho que nos ocupa en estos momentos tenga garantía alguna de las reseñadas para el derecho a la libertad y seguridad. Sí es cierto que la Constitución se pronuncia sobre los derechos recogidos en el mencionado capítulo tercero, pero indicando, simplemente, que su reconocimiento, respeto y protección "*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*"; añadiendo, así mismo, que "*Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*"³⁹¹.

Por ende, la diferente ubicación de ambos derechos determina diferencias con trascendencia jurídica relevante de un derecho a otro.

5.4.- Limitaciones al derecho de libertad y seguridad.

Cuanto ha sido expuesto hasta el momento exige que nos planteemos si el derecho previsto en el artículo 17.1 -derecho de libertad y seguridad-, admite o no limitaciones; ya que el contenido o extensión del

³⁹¹ Sobre este capítulo tercero se ha dicho por el Tribunal Constitucional que la Constitución impide a los principios rectores de la política social y económica como norma sin contenido, antes bien, obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (sentencia nº. 19/1982, de 5 de mayo).

Por su parte, el Tribunal Supremo señala que lo indicado en el artículo 53.3 de la Constitución, supone una reserva de ley (sentencia de 30 de diciembre de 1994).

derecho a la protección de la salud, depende, en parte, de la respuesta jurídica que resulte del examen o valoración del citado precepto.

5.4.1.- Las limitaciones del derecho de libertad y seguridad en el Derecho interno.

El presente análisis ha de partir de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que se puede resumir, de forma concisa, en el postulado de que ningún derecho puede ser considerado absoluto. Cabe señalar, como ejemplo, lo que nos dice el citado Tribunal en las siguientes resoluciones:

- La sentencia 141/1999, de 22 de julio³⁹², señala que

"...«los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros bienes y derechos jurídicamente protegidos»" (sentencia 57/1994³⁹³, con cita de las sentencias 11/1981³⁹⁴ y 2/1982³⁹⁵.

- En el mismo sentido se ha manifestado en su sentencia 178/1985, de 19 de diciembre:

³⁹² Referencia RTC 1999\141 correspondiente a la base de datos "Aranzadi-Jurisprudencia".

³⁹³ Referencia RTC 1994\57 correspondiente a la base de datos "Aranzadi-Jurisprudencia".

³⁹⁴ Referencia RTC 1981\11 correspondiente a la base de datos "Aranzadi-Jurisprudencia".

³⁹⁵ Fundamento jurídico cuarto (Referencia RTC 1982\2, correspondiente a la base de datos "Aranzadi-Jurisprudencia").

"El artículo 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de ley que, por la excepcionalidad de la restricción o privación, exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la ley-, restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación" (fundamento jurídico tercero).

No parte sólo de la doctrina del Tribunal Constitucional el hecho de que los derechos fundamentales admiten limitaciones, sino que es la propia Constitución la que contempla esa posibilidad. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en el mismo artículo 17.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 1994 ha puesto de manifiesto que

"Los derechos fundamentales no son tan absolutos que no admitan cortapisas, como pueden ser, entre otras, las derivadas de la colisión con otros que exija la restricción de alguno de ellos, de lo que es prueba lo dispuesto en los artículos 17.1 y 20.4 de la Constitución, pues por lo que concretamente se refiere al primero prevé la posibilidad, no ya de restricciones o limitaciones del derecho a la libertad, sino la privación del mismo, si bien la

supedita a que se respete lo que en los párrafos siguientes del propio artículo se dispone en orden a la detención y que la privación de libertad se realice en los casos y en la forma previstos en la ley, de donde resulta claro que para que pueda imponerse una restricción o limitación al derecho de libertad es menester que exista alguna ley que determine los casos y la forma de llevarlos a cabo, debiendo existir una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y las restricciones a la misma, de modo que queden excluidas aquéllas que no siendo razonables rompan el equilibrio que debe existir entre el derecho y la restricción”.

En consecuencia, no hay duda de que tanto por el texto constitucional como por la interpretación que del mismo realiza el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad y a la seguridad no se considera como un derecho absoluto, sino que admite restricciones. Igualmente podemos afirmar respecto de la aplicación que lleva a cabo el Tribunal Supremo. Restricciones que, desde luego, para supuesto distinto al suscitado por nuestra parte, ya contempla el propio contenido del artículo 17 de la Constitución.

Ahora bien, no podemos olvidar que el indicado precepto reenvía a la Ley, con lo cual para que tales restricciones o limitaciones sean conforme a la Constitución han de ser recogidas en una norma con rango, no ya de ley ordinaria, sino de ley orgánica (art. 81 de la Constitución). Pero no basta con ello, ya que las susodichas restricciones tienen que ser

proporcionadas al fin que con las mismas se pretende conseguir.

5.4.2.- Las limitaciones del derecho de libertad y seguridad en el Derecho internacional.

Bien, ya hemos tenido en cuenta y analizado la dimensión jurídica del artículo 17 de la Constitución, en su plano interno; si bien, ésta no agota las posibilidades de análisis del derecho que reconoce, sino que, por conducto del texto constitucional y debido a su remisión, llegaremos a conocer lo que nos dice el Derecho internacional público sobre la posibilidad de limitar o restringir el derecho de libertad.

En correspondencia con el discurso desarrollado en el párrafo anterior, hemos de iniciar el presente haciendo alusión al artículo 10.2 de la Constitución, en cuanto éste manifiesta que

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En base a la remisión interpretativa que hace el transcrito precepto, hemos de tener en cuenta que España forma parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950,

firmado el 24 de noviembre de 1977, ratificado el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 243, de 10 de octubre de 1979), el cual forma parte, a su vez, del ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en el título preliminar del Código civil (art. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código civil)³⁹⁶; así mismo, se ha de tener en cuenta que el referido Convenio, al mismo tiempo que manifiesta el derecho que toda persona tiene a su libertad y a su seguridad y a no ser privado de su libertad, establece los casos en los que ello se excepciona con arreglo al procedimiento establecido por la Ley. Entre los casos que puede privarse de la libertad se encuentra el de [letra d) del art.5.1]

*"Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo"*³⁹⁷.

³⁹⁶ "La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que, sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales, se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamentos justificador y básico del Capítulo 3º del Título III de la Constitución (artículos 93 a 96) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el Boletín Oficial del Estado –artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil-" (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989). Contenido recogido de la obra "Constitución Española"- "Doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; 3ª edición ; editorial Colex, 1997; autores: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y Doctor en Derecho; Juan José González Rivas, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Letrado del Tribunal Constitucional en excedencia y Doctor en Derecho; Joaquín Huelin y Martínez de Velasco, Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo y Letrado del Tribunal Constitucional y José Luis Gil Ibáñez, Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo.

³⁹⁷ El contenido íntegro del artículo 5 del Convenio es como sigue: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una

En consecuencia, de igual forma que ocurría con el contenido del artículo 17 de la Constitución, con la doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo, el Convenio internacional que nos ocupa también prevé y admite excepciones al derecho de libertad.

Sin embargo, es conveniente resaltar que las restricciones o limitaciones que posibilita el Derecho, no son gratuitas o carecen de proporcionalidad, puesto que si ello no fuese permitido en determinados casos (control, hospitalización forzosa de una persona con patología transmisible o, en general, en situación sanitaria que pusiera en peligro la salud pública o colectiva, etc.), se estaría conculcando el derecho a la salud pública del resto de los ciudadanos.

obligación establecida por la ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente. e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo. f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

5.5.- Situación jurídica actual.

Como se ha explicitado es jurídicamente viable limitar el derecho de libertad reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución. Y no sólo es viable sino que de no hacerlo no se hubiese respetado el derecho de todos los ciudadanos a la protección de su salud. Sin embargo, no se ha actuado en este sentido ya que fue aprobada, en su momento, la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, cuyos artículos 2 y 3, referidos anteriormente, posibilitan que puedan ser adoptadas medidas especiales encaminadas a dar satisfacción al indicado derecho de todos los ciudadanos.

Ahora bien, nos encontramos con una regulación material -Ley orgánica citada- en donde se contempla los casos o supuestos en los que procede adoptar la medida o medidas especiales que limitan el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución y dan satisfacción al derecho previsto en el artículo 43.1 de la misma. Sin embargo, no se ha desarrollado procedimiento alguno que conduzca, por ejemplo, al control de la persona o personas afectadas y/o, en su caso, a su hospitalización.

En el sentido indicado, y siguiendo el ejemplo expuesto, nos encontramos con que la Ley orgánica 3/1986 solamente contempla la posibilidad de hospitalización, esto es, la Ley permite la privación excepcional de la libertad personal en los supuestos de hecho que contempla (si se aprecian indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria

concreta de una persona o grupo de personas), así como la atribución de la facultad para adoptar la medida especial de hospitalización (las autoridades sanitarias competentes; expresión inconcreta pero que puede ser integrada con lo dispuesto, al efecto, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y con la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en donde se contempla las competencias Y autoridades estatales, autonómicas y locales en materia sanitaria).

Ahora bien, lo que no determina la citada Ley Orgánica ni puede ser integrado con la normativa sectorial sanitaria, es el procedimiento que debe seguirse para la hospitalización o control, es decir, no se encuentra establecida la forma en que se ha de llevar a cabo la referida privación de libertad.

6.- Incumplimiento del deber.

El incumplimiento del presente deber puede proyectarse tanto en el ámbito disciplinario como en el ámbito penal.

Hemos de incidir en que el incumplimiento del deber sólo puede ser cometido por el personal sujeto al ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Aquel otro personal que pudiera hallarse prestando servicios en los mismos centros sanitarios públicos, ajeno a los deberes y régimen disciplinario previsto en la Ley citada, no podrá ser sancionado por ello. Ahora bien, como después se expondrá, sí podría ser sancionado por desobediencia a la orden que, en un caso dado, se le diera para colaborar profesionalmente.

6.1.- Ámbito disciplinario.

Tratamos de un deber que, en cuanto a su regulación directa y expresa, sólo lo encontramos en el régimen jurídico aplicable al personal estatutario. Respecto a su regulación indirecta -ya sabemos, en forma de supuesto de hecho sancionable-, ocurre exactamente igual, esto es, que el único régimen disciplinario que contiene el deber es el aplicable al personal estatutario, establecido por la Ley 55/2003.

6.1.1.- Personal estatutario.

Para este personal encontramos un tipo específico y concreto en las infracciones de carácter muy grave. El resto de infracciones (graves y leves) no contienen tipo alguno en el que pudiera subsumirse una actuación contraria al deber que nos ocupa. Por ende, podemos deducir que el legislador ha querido imprimir la máxima trascendencia jurídica a la referida actuación o conducta, calificándola según ya ha sido indicado (muy grave) y definiéndola, como se contempla en el artículo 72.2,i) de la Ley 55/2003, es decir:

"La negativa a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad".

6.1.2.- Personal funcionario y personal laboral.

Como ya se ha hecho alusión, el régimen disciplinario contemplado en el título VII de la Ley 7/2007, del

Estatuto Básico del Empleado Público, no contempla tipo alguno en el que pueda subsumirse la conducta que conculcara el deber. Igual ocurre en el Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, aplicable en lo que no contradiga o se oponga al referido Estatuto.

Lo expresado, respecto del Estatuto Básico del Empleado Público, es aplicable al personal laboral³⁹⁸. En cuanto al VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía³⁹⁹ tampoco contiene tipo alguno que se corresponda con el presente deber.

No obstante, se ha de hacer la salvedad de que habría que estar en el futuro a lo que pudiera derivarse de lo expresado en el número 3 del artículo 2 de la Ley 55/2003, que viene a establecer la posibilidad de que tanto al personal funcionario como al personal laboral que preste servicios en los centros sanitarios públicos les pueda ser de aplicación el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en todo lo que no se oponga a su normativa específica y así esté previsto por las disposiciones aplicables al personal funcionario o por los convenios colectivos aplicables al personal laboral⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Recuérdese que el artículo 93.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), indica que “*El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título (título VII), por la legislación laboral*”.

³⁹⁹ La Resolución de 22 noviembre 2002, ordena la inscripción, depósito y publicación del VI Convenio Colectivo (código Convenio número 7100082). Referencia LAN 2002\536, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁰⁰ El contenido literal del artículo 2.3 de la Ley 55/2003 dice así: “*Lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma*”.

En consecuencia, no podría iniciarse actuaciones disciplinarias por una conducta de esta naturaleza o, dicho de otro modo, el principio de legalidad y tipicidad⁴⁰¹ impediría el ejercicio de la potestad disciplinaria al personal que nos ocupa (se repite, salvo que corresponda aplicar la Ley 55/2003, según su art. 2.3).

Independientemente de lo expuesto, y como ya se ha hecho alusión a ello, al personal funcionario o laboral que prestase servicios en un centro sanitario le vincularía la orden directa, personal y expresa, que la autoridad sanitaria competente le dirigiera para que prestase colaboración profesional como consecuencia de la adopción de medidas especiales en materia de salud pública. La negativa a prestar dicha colaboración sería fundamento suficiente para iniciar expediente disciplinario por desobediencia de la orden dada.

6.2.- Ámbito penal.

Si, *prima facie*, la negativa del personal estatutario a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones Públicas, no sugiere que pudiera llegar a tener trascendencia penal; cambiaríamos de criterio si nos paramos a pensar sobre las consecuencias o resultado al que podía conducir, en un caso dado, la conducta transgresora del deber, como veremos a continuación.

Ahora bien, conviene recordar que en el ámbito penal no cabe realizar distinciones entre personal estatutario, personal funcionario y personal laboral.

⁴⁰¹ Principios de legalidad y tipicidad recogidos, de forma expresa, en el artículo 25.1 de la Constitución y en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Partiendo de lo expuesto y teniendo ello presente, no cabe duda que procede tomar en consideración las siguientes figuras del Código penal:

a) El delito de omisión del deber de socorro, previsto en el artículo 196 del Código penal:

"El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años".

Es un delito intencional que define y sanciona dos conductas: denegar asistencia sanitaria, lo cual presupone la existencia de un previo requerimiento que no es preciso que proceda de un superior jerárquico (sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1990) o abandono de los servicios sanitarios, siempre que en ambos caso se derive riesgo. Hay cierta afinidad con el delito de párrafo tercero del artículo 371 (actualmente art. 412)⁴⁰².

En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981, se estimó que cometía el delito de omisión del deber de socorro un médico ginecólogo de guardia que, avisado del inminente parto de una mujer en su

⁴⁰² Recogido del apartado "Concordancias" (página 381), correspondiente al artículo 196 del actual Código penal y a la obra de la editorial Colex, titulada "Código Penal". "Comentarios y Jurisprudencia"⁴⁰² (2ª edición 1996), de cuyos comentarios y jurisprudencia han sido autores el Magistrado del Tribunal Supremo, Moyna Mengües; los Fiscales de igual órgano, Luzón Cuesta, Gómez Guillamón y Torres-Dulce Lifante; así como el Fiscal del Tribunal Constitucional Ortiz Úrculo.

domicilio, se negó a desplazarse alegando el servicio de urgencias que prestaba, sin solicitar que fuera traída la parturienta al hospital. Por su parte, la también sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1989, estimó que la falta de asistencia de un médico titular constituía el delito del artículo 371 (actualmente art. 412)⁴⁰³.

b) El delito de denegación de auxilio, previsto en el artículo 412 de igual texto:

"1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. (sin valor a los efectos que aquí interesan).

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

⁴⁰³ Recogido de la obra reseñada en la nota inmediata anterior.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

A mejor abundamiento, tendríamos que hacer alusión, a continuación, al personal funcionario y personal laboral, cuyos regímenes disciplinarios -ya se dijo- no permiten iniciar actuaciones de tal carácter contra ellos por la conducta que nos ocupa. Pero también se dijo que, previa orden al efecto, en el supuesto de ser incumplida, sí existía fundamento suficiente para iniciar el correspondiente expediente disciplinario. Si nos situamos en este iter podemos, así mismo, hablar de que la desobediencia producida pudiera tener trascendencia penal, según podemos observar en las siguientes figuras delictivas.

c) Delito de desobediencia, previsto en el artículo 410 del Código penal:

“1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”.

d) La falta prevista en el artículo 634 del Código penal:

“Los que (...) desobedecieren levemente (a la autoridad o sus agentes), cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días”.

Por los demás, y en cuanto al delito de desobediencia y a la respectiva falta penal, hay que remitirse al deber de obediencia, en donde se analiza con más detalle tales figuras penales.

III. DEBER DE SECRETO PROFESIONAL

1.- Introducción.

Podemos afirmar que nos encontramos ante un deber cuyo ámbito y trascendencia jurídica traspasa las barreras del pensamiento común y se adentra en lo desconocido para una gran mayoría de quienes tienen la obligación profesional de respetarlo con la mayor rigurosidad.

Lo que hasta la etapa jurídica que se inicia con la Constitución de 1978 podía pasar sin llegar a tener repercusiones jurídicas, a partir del desarrollo del indicado texto podemos afirmar que los derechos vinculados al deber, contemplados en el artículo 18 del referido texto constitucional, se encuentran protegidos de una manera reforzada (orden administrativo, orden jurisdiccional penal, orden jurisdiccional civil y orden jurisdiccional constitucional) no prevista para otros derechos, aún encontrándose en el grupo que comprende la sección primera, del capítulo II, del título I, de la citada Constitución.

2.- Disquisición lingüística y jurídica.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua nos deleita con una serie de acepciones sobre el término "secreto" (del latín *secretum*, *secretus*), algunas de las cuales no es ocioso reproducir: "*cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta*".- "*reserva, sigilo*".- "*deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su*

profesión".- "oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás".

Podemos observar, entre otras cosas, que los términos "reserva" y "sigilo" son sinónimos del término secreto. Si a ello añadimos la definición del vocablo "confidencial" o "confidencia" (respectivamente, "que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíprocamente dos o más personas"; "revelación secreta, noticia reservada"), podemos entender que en ocasiones se hable, así mismo, para epigrafiar igual contenido obligacional, de deber de sigilo e, incluso, de deber de confidencialidad (esta última expresión es poco usual), si bien, siempre suele existir alguna matización al respecto.

En el sentido indicado, y como ejemplo de ello, se ha de reseñar que González Pérez⁴⁰⁴, en su obra "Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero" (página 101), distingue entre deber de secreto y deber de sigilo. El deber de secreto -manifiesta el autor citado-, se refiere a asuntos concretos a los que se les atribuye el carácter de reservados, bien porque hayan sido clasificados como tales, bien porque lo dispone la Ley. Por el contrario, el deber de sigilo se configura como un deber personal de discreción cuya finalidad es la de evitar perturbar o causar daños o molestias innecesarias tanto a la propia Administración como a los ciudadanos.

Para el ámbito puramente jurídico, sin olvidar que el título preliminar del Código civil nos sitúa en el plano lingüístico por mandato de su artículo 3.1 (primer parámetro interpretativo), podemos tratar de delimitar el contenido y dibujar el perímetro del deber que nos ocupa,

⁴⁰⁴ Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado del Tribunal Supremo.

acercándonos a la doctrina de los órganos judiciales y al Derecho positivo. En este sentido, traemos a colación el concepto que nos ofrece el Tribunal Supremo en su sentencia, de 4 de abril de 2001,⁴⁰⁵:

"Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine".

Volvemos, como no, al concepto lingüístico, para conocer el término "intimidad": "Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia" (diccionario de la Real Academia de la Lengua").

3.- Vinculaciones jurídicas del deber.

El deber presente una relación inmediata y directa con el artículo 18 de la Constitución, que podemos desglosar, en aquello que nos afecta, como sigue:

a) En el "derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (art. 18.1).

b) En el mandato de limitar "el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (art. 18.4).

Un derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que se encuentra entre el grupo de derechos que la Constitución protege de forma especial mediante un "procedimiento basado en los

⁴⁰⁵ Referencia RJ 2001\2016, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional" (art. 53.2 de la Constitución).

c) Estamos, pues, ubicados, nada más y nada menos, que ante la *"dignidad de la persona"*, ante el *"fundamento del orden político y de la paz social"* (art. 10 de la Constitución⁴⁰⁶).

Dignidad sobre la que el Tribunal Constitucional se pronuncia en su sentencia 53/1985, de 11 de abril⁴⁰⁷:

"Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

⁴⁰⁶ La Constitución inicia su título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, con su artículo 10, en el que indica lo siguiente: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*.

⁴⁰⁷ Referencia RTC 1985\53, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

No podemos sustraernos, antes de concluir este apartado, de reproducir una sencilla pero ilustrativa definición que nos ofrece el "Diccionario Jurídico Espasa": *"Implica (la dignidad de la persona) el respeto a la persona como ser humano y a los derechos inherentes al mismo"*.

3.1.- El derecho a la intimidad.

3.1.1.- Según la doctrina del Tribunal Constitucional.

Si retomamos la médula del discurso dejado atrás, recordaremos que la "intimidad" es elevada por la Constitución a la categoría de derecho (derecho a la intimidad), sobre el que el "intérprete supremo"⁴⁰⁸ del anotado texto constitucional indica, en su sentencia de 22 de julio de 1999⁴⁰⁹ (fundamento jurídico 8⁴¹⁰) que

"El derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 de la Constitución tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples

⁴⁰⁸ Expresión recogida del artículo 1 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁴⁰⁹ Fuente base de datos de "Aranzadi", referencia RTC 1999\144.

⁴¹⁰ En este fundamento jurídico se analiza por el Tribunal Constitucional la alegación del recurrente en amparo de su "...lesión del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Razona el recurrente en su demanda de amparo que la Junta Electoral de Zona obtuvo al margen de los procedimientos legalmente establecidos a tal fin su hoja histórico-penal, invadiendo así su intimidad y vulnerando el art. 18.1 CE". "En efecto (dice el Tribunal Constitucional), en los autos consta que la Presidenta de la Junta Electoral de Zona acordó el 26 de mayo de 1995 solicitar al Registro Central de Penados y Rebeldes los datos que allí figurasen sobre el recurrente, remitidos a esa Junta por el citado Registro el mismo día 26, fecha también de una certificación de negativa de antecedentes penales expedida por el Juzgado Decano de Santander. Aunque estos hechos no deben ser calificados, como hace el recurrente, de pruebas ilícitamente obtenidas, sí que han infringido su derecho fundamental a la intimidad".

particulares, que está ligado al respeto de su dignidad..."⁴¹¹.

Continúa señalando la sentencia que

"El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida".

Afirmando, a continuación, que

"Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad (sentencias 110/1984 y 143/1994), pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo (ATC 877/1987⁴¹²)".

Añadiendo, además, el Tribunal Constitucional en la sentencia que nos ocupa, que

"Y ello es así porque el art. 18.1 CE no garantiza sin más la «intimidad», sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a

⁴¹¹ A continuación son referenciadas las siguientes sentencias: "(SSTC 73/1982 [RTC 1982\73], 110/1984 [RTC 1984\110], 170/1987 [RTC 1987\170], 231/1988 [RTC 1988\231], 197/1991 [RTC 1991\197], 143/1994 [RTC 1994\143] y 151/1997 [RTC 1997\151])".

⁴¹² Referencia RTC 1987\877 AUTO, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

nuestra persona y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información".

"Del precepto constitucional se deduce, de un lado, que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida. Lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos...⁴¹³".

"De otro lado, el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal y familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos pueden justificar que ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público⁴¹⁴..."

⁴¹³ Le sigue la referencia de las sentencias siguientes: "(SSTC 73/1982 [RTC 1982\73], 110/1984 [RTC 1984\110], 170/1987, 231/1988 [RTC 1988\231], 143/1994 [RTC 1994\143] y 151/1997)".

⁴¹⁴ Continúa expresando la sentencia lo siguiente: "como es el caso del Registro Central de Penados y Rebeldes (STC 254/1993 [RTC 1993\254]; AATC 642/1986 [RTC 1986\642 AUTO] y 600/1989 [RTC

La reiterada sentencia, refiriéndose al acceso a la información sobre las personas, indica:

"Todas estas precauciones derivadas del contenido constitucional del derecho a la intimidad y, en particular, del deber positivo de protección de este derecho, que pesa sobre los poderes públicos, son, justamente, la razón que justifica las medidas legales restrictivas del acceso a esa información sensible, constituyendo una ilegítima intromisión en la intimidad individual, lesiva del art. 18.1 CE la infracción de las normas sobre acceso a la información relativa a una persona o su familia, con independencia de que esa información sea objetivamente considerada de las íntimas o de que su conocimiento o divulgación pueda ser pernicioso para la integridad moral o la reputación de aquel o de aquellos a quienes se refiere. Pues, de no ser así, atribuiríamos a los poderes públicos el poder de determinar qué es íntimo y qué no lo es, cuando lo que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.

Por ese motivo, en el caso que nos ocupa, es indiferente que la hoja histórico-penal remitida a la

1989\600 AUTO], Sentencias del TEDH. Caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; Caso Leander, de 26 de marzo de 1987; Caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; Caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; Caso Z, de 25 de febrero de 1997)".

Junta Electoral de Zona estuviese en blanco, porque lo que ha supuesto una lesión del derecho a la intimidad del recurrente ha sido que dicha Junta Electoral, por medio de su Presidente, y el propio Registro de Penados y Rebeldes, sobre quien pesa el deber inexcusable de proteger la confidencialidad de la información contenida en él, han dispuesto de los datos obrantes en el Registro sobre el demandante de amparo, sin su conocimiento ni consentimiento, y al margen de lo que establece su normativa, en particular el citado art. 118 CP, acerca de quién puede acceder a dicha información y cómo puede hacerlo, y que, a estos efectos, su estricta observancia constituye una garantía inexcusable de la intimidad individual recurrente en amparo".

3.1.2.- Según la doctrina del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de abril de 2001⁴¹⁵, no difiere, en lo esencial, de la idea que nos ha transmitido el Tribunal Constitucional, a pesar de encontrarnos ante el ámbito de lo criminal, en concreto, analizando el artículo 199.2 del Código penal. Así dice la sentencia reseñada:

"La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo

⁴¹⁵ Recurso de casación número 2338/1999. Referencia de la base de datos de Aranzadi: RJ 2001\2016.

conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana" (a continuación refiere el Tribunal Supremo la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994).

3.1.3.- El derecho y su efecto frente al Estado y entre particulares.

La proyección pública de los derechos fundamentales y, por consiguiente, del contenido esencial del bien jurídico que se trata de proteger con el deber que nos ocupa, ha sido considerada por la sentencia del Tribunal Supremo 702/1997, de 20 de mayo (recurso de casación nº.1204/1996)⁴¹⁶, cuyo fundamento jurídico quinto nos dice que en igual sentido se pronuncia la sentencia 883/1994, de 11 de mayo, que se manifiesta:

a) Sobre la protección vertical del individuo y la negación del efecto horizontal o frente a particulares:

"a) Como es sabido los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son

⁴¹⁶ Referencia de la base de datos de Aranzadi: 1997\4263.

derechos previos a la existencia misma de éste. Por el contrario, los derechos fundamentales no producen una vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros. Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la Constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, sólo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del efecto horizontal de los derechos fundamentales”.

b) Sobre que el derecho a la intimidad no protege el secreto de lo manifestado a un particular:

“b) Dicho esto, es claro, en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el art. 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro”.

c) Sobre que el derecho al secreto de las comunicaciones no se proyecta entre particulares:

"c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente".

3.1.4.- Derecho a la intimidad-deber de secreto.

Del indicado derecho a la intimidad de las personas surge, por parte de los demás, un deber de secreto. Deber que nos encontramos impelidos a cumplir, y cuando ello no es así, nuestra conducta es susceptible de ser subsumida en los tipos previstos en el marco jurídico de aplicación, esto es, es susceptible de incurrir en responsabilidad.

Por otro lado, se ha de expresar que el deber de secreto podemos considerarlo como esencial en la relación que mantiene el personal que presta servicios en las distintas Administraciones Públicas, ya le sea de

aplicación el régimen jurídico funcional, el régimen jurídico laboral o el régimen jurídico de "relación funcional especial del personal estatutario"⁴¹⁷. Añadiendo a ello la matización de que concurre, en el personal que presta servicios en las instituciones sanitarias y con independencia de su régimen jurídico de aplicación, cierta particularidad respecto al personal que trabaja en centros y organismos de distinto carácter.

3.2.- El derecho de acceso a registros y archivos administrativos.

No es conveniente olvidar que el derecho a la intimidad tiene relación inmediata y directa con el derecho de acceso a registros y archivos administrativos regulado en el siguiente marco normativo:

a) En primer lugar, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, referenciamos el artículo 105,b), de la Constitución, cuyo contenido se limita a establecer que la Ley regulará

"El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

b) El precepto y letra constitucional, anteriormente transcrito, fue desarrollado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la siguiente forma:

⁴¹⁷ Expresión contemplada en el art. 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

- En el artículo 35, h) se contempla como derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas:

"Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: (...).

h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes".

- Así mismo, en el artículo 37⁴¹⁸, cuyo contenido -en lo que aquí nos afecta- puede ser resumido como sigue:

. En un principio general:

"Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud" (número 1).

⁴¹⁸ El contenido del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se manifiesta, en lo que nos interesa, de la forma siguiente: "1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno".

(...)

"6. Se regirán por sus disposiciones específicas: (...)

b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes".

. En una limitación a ese principio:

"El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno" (número 2).

. En el reenvío normativo previsto en su número 6, en el que se dice que se regirán por sus disposiciones específicas:

"El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes" [letra b)].

Tal reenvío nos conduce, necesariamente, a la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴¹⁹⁻⁴²⁰, en la que se regula (arts. 14 a 19, fundamentalmente, que después se examinarán) la historia clínica como *"...conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación*

⁴¹⁹ Referencia RCL2002\2650, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴²⁰ Disposición de carácter básico, de acuerdo a lo establecido en el artículo 149.1, 1ª y 16ª de la Constitución, según contempla su disposición adicional primera, y, por ende, de aplicación en todo el Estado español.

y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”.

c) En la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, cuyo artículo 7.3 se refiere, entre otros, a los datos sobre la salud, en los términos siguientes:

“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

4.- Regulación prevista en la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, contempla el deber que nos ocupa, no sin cierta complejidad⁴²¹. Veamos:

a) El capítulo VI, del título III, de la Ley se denomina “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta” y en su artículo 52 -primero del capítulo- mandata que los empleados públicos

“...deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: (entre otros) confidencialidad...”.

b) Bajo el mismo capítulo y título, se encuentra el artículo 53, intitulado “Principios éticos”, cuyo número

⁴²¹ Con anterioridad a la vigencia del indicado Estatuto, el derogado artículo 80 de la Ley de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (BOE número 40, de 15 de febrero de 1964), contemplaba el presente deber con manifestación sencilla: “*Guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo*”.

12, refiriéndose a los empleados públicos, nos dice, también con carácter *ius cogens*, que

"Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público".

5.- Regulación específica relativa al personal.

En el apartado anterior hemos recogido *"...aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas..."* (dicho ello en los propios términos de la exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado Público). Por el contrario, en el presente apartado se trata de recoger, seguidamente, el deber según se encuentre establecido en la legislación específica aplicable a cada tipo o clase de personal.

5.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, letra j), de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, impone al personal sometido a su ámbito de aplicación, el deber de

"Mantener la debida reserva⁴²² y confidencialidad⁴²³ de la información y documentación relativa a los centros

⁴²² Recuérdese las definiciones expuestas anteriormente.

⁴²³ *Idem* nota anterior.

sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones".

Por su parte, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, contempla el deber que nos ocupa con una redacción particularizada y dirigida a una temática muy concreta. Es su artículo 9.3 el que nos dice que

"Todo el personal sanitario y no sanitario de los centros y servicios sanitarios públicos y privados implicados en los procesos asistenciales a los pacientes queda obligado a no revelar datos de su proceso, con excepción de la información necesaria en los casos y con los requisitos previstos expresamente en la legislación vigente".

Como podemos observar, con la expresión "*personal sanitario y no sanitario*" se vincula a todo el personal que presta servicios en los centros o instituciones de carácter sanitario, con independencia de su régimen jurídico de aplicación y de su categoría profesional.

Con forma distinta pero con idéntico fondo, la ya citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece, si bien dirigido a las personas que accedan a los datos de la historia clínica, el sometimiento de éstas al deber de secreto. En este sentido, su artículo 16.6 nos dice que

*"El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto"*⁴²⁴.

5.2.- Personal funcionario.

En lo expuesto no concluyen las referencias de obligada consideración, por cuanto los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, compuesto por las Especialidades de Farmacia y Veterinaria, adscritos a centros o instituciones sanitarias, se les asigna -como ya fue dicho- el ejercicio de funciones de inspección en el ámbito de la salud pública⁴²⁵; siendo regida, en parte, su actuación -entre otras disposiciones-, por el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula -entre otras- las infracciones y sanciones en materia sanitaria. Pues bien, el artículo 13.4 del indicado Reglamento contempla este deber, con el contenido siguiente:

*"Los Inspectores están obligados de modo estricto a cumplir el deber de sigilo profesional"*⁴²⁶. *El incumplimiento de este deber será sancionado conforme a los preceptos del Reglamento de Régimen Disciplinario de las Administraciones Públicas donde*

⁴²⁴ Por historia clínica ha de entenderse - recordando lo ya expuesto- el "...conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial" (art. 3, párrafo quinto, de la propia Ley 41/2002).

⁴²⁵ En Decreto 394/2000, de 26 de septiembre, para la Especialidad de Farmacia y en Decreto 395/2000, de 26 de septiembre, para la Especialidad de Veterinaria, según ya fue consignado.

⁴²⁶ Como podemos observar, la norma y precepto transcrito nos habla de deber de sigilo. A estos efectos, una vez más, debemos remitirnos a las definiciones recogidas en la primera parte de la exposición del deber que nos ocupa.

presten sus servicios y con carácter supletorio en el de los Funcionarios Civiles del Estado⁴²⁷".

Refiriéndose a la actuación de los "Inspectores", en concreto, el número 2, *in fine*, del indicado artículo 13, preceptúa que

"... en todo caso, tendrán carácter confidencial⁴²⁸".

No concluye en lo expuesto la actuación de Cuerpos de funcionarios en el ámbito de la salud pública. En este sentido, se ha de recoger que el Decreto 224/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía, establece en su artículo 13.2 que

"El personal adscrito a la Inspección de Servicios Sanitarios⁴²⁹ guardará el debido sigilo y confidencialidad respecto de los asuntos de que conozca por razón de su cargo, así como sobre los datos, informes y origen de las denuncias o antecedentes de los que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de las funciones de inspección".

⁴²⁷ Debe entenderse que el régimen disciplinario de aplicación, en su condición de funcionarios, no es otro que el recogido en el título VII de la Ley 7/2007 y, en lo que no lo contradiga o se oponga a dicho título, en el Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

⁴²⁸ El contenido completo del artículo 13.2, dice así: "*Podrán acceder – los inspectores- directamente a la documentación industrial, mercantil y contable de las Empresas que inspeccionen cuando lo consideren necesario en el curso de sus actuaciones que, en todo caso, tendrán carácter confidencial*". El precepto nos brinda otra oportunidad de observar la utilización de un término (confidencial) sobre el que ya se ha disertado, variante del término secreto.

⁴²⁹ Ya conocemos que se está refiriendo el Decreto citado a los funcionarios pertenecientes a la Especialidad de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía y a la Especialidad de Subinspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios del Cuerpo de Técnicos de Grado Medio de la Junta de Andalucía.

A mayor abundamiento, a los Inspectores de Consumo les exige el artículo 44.5 de la Ley 13/2007, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía, que

"En todo caso se observará estrictamente el deber de sigilo profesional".

Finalmente, haremos la observación de que los representantes de los funcionarios⁴³⁰ no se encuentran exentos de actuar conforme a lo exigido por el debido sigilo. En este sentido, el artículo 10, párrafo segundo, de la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, indica que

"Los miembros de las Juntas de Personal y éstas en su conjunto, así como los Delegados de personal, en su caso, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los temas en que la Administración señale expresamente el carácter reservado, aun después de expirar su mandato. En todo caso, ningún documento reservado entregado por la Administración podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de la Administración o para fines distintos a los que motivaron su entrega".

5.3.- Personal laboral.

En el ámbito del régimen jurídico laboral encontramos la norma común sustantiva, con rango de ley, integrada, en

⁴³⁰ Los representantes específicos de los funcionarios son, según el artículo 4 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, los Delegados de personal y las Juntas de Personal.

buena medida, por lo que se conoce como derecho necesario⁴³¹, denominada Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como el corolario sectorial de la fuente vinculante⁴³² denominada convenio colectivo, resultado de la negociación laboral desarrollada entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios o, en su caso, de la Administración Pública.

a) Estatuto de los Trabajadores.

La proyección eminentemente pública y vertical (frente al Estado) del presente deber, como ha sido puesto de manifiesto con anterioridad, podría entenderse como la causa de que en el Estatuto de los Trabajadores no se haya tenido en cuenta el referido deber a la hora de darle contenido a la relación bilateral que se conforma entre la parte empleadora y la parte trabajadora.

Distinta sería la apreciación si, apartándonos de esa relación bilateral, ponemos nuestra atención no ya en la estricta relación interpartes, si no en aquellos otros

⁴³¹ El artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, que trata sobre las fuentes de la relación laboral, se refiere en su número 3 al derecho necesario cuando habla de los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, indicando que “...deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario...”.

El Derecho necesario no es otra cosa que normas imperativas, esto es, normas que han de ser observadas sin margen para eludirlas.

⁴³² El artículo 37.1 de la Constitución reconoce al Convenio Colectivo fuerza vinculante y, por ende, se convierte en fuente del Derecho y centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (como ejemplo: sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1983); si bien, no podemos olvidar la primacía de la ley sobre los Convenios Colectivos, criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras, números 177/1998 y 210/1990. En este sentido, podemos reseñar la referencia que el Tribunal Supremo realiza en su sentencia 58/1985, al indicarnos que “*la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva*”.

sujetos que intervienen, sean o no trabajadores, en el entramado de relaciones a que da lugar la regulación pública del mundo laboral. Es a partir de este ámbito cuando sí encontramos alusiones en el Estatuto de los Trabajadores a los bienes jurídicos que protege el deber que nos ocupa, las cuales pasamos a referir:

1) En cuanto a la documentación relativa a la copia básica de los contratos de los trabajadores a la que tenga acceso los representantes de la Administración, de las organizaciones sindicales y de las asociaciones empresariales en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, exige el artículo 8, b) que, por una parte, observen sigilo profesional y, por otra, que no utilicen la referida documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento [art.8,b)].

2) En lo que se refiere a los Delegados de personal, se les impone que observen *"...las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el artículo 65 de esta Ley"* (art.62.2, p.2º).

3) A los miembros del comité de empresa y de éste en su conjunto, se les exige la misma conducta, esto es, que, por una parte, observen *"...sigilo profesional en todo lo referente a los párrafos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del apartado 1 del artículo anterior, aun después de dejar de pertenecer al comité de empresa y en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado"*. Por otra parte, que no sea utilizado ningún tipo de documento entregado por la empresa fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega (art.65.2).

Según lo indicado en el párrafo inmediato anterior, el sigilo profesional es exigido en las siguientes materias:

1º.- La información sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

2º.- La copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos.

3º.- El balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios.

4º Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales. Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones. Planes de formación profesional de la empresa. Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Estudio de tiempos,

establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.

b) Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía:

Contrariamente a lo que ocurre con el Estatuto de Los Trabajadores, en el Convenio Colectivo que nos ocupa, en donde el empleador es una Administración Pública, sí se pone de manifiesto la proyección pública del deber.

En el sentido indicado, encontramos la exigencia del deber, si bien de forma indirecta, a todo el personal sujeto al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo. Se lleva a cabo ello tipificando la conducta que lo incumpla (deber indirecto), calificándola como infracción de carácter grave y definiéndola como

"No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del trabajo cuando causen perjuicios a la Administración o se utilice en provecho propio (art. 44.13).

Pero como ocurría con el Estatuto de los Trabajadores, también en el Convenio que atrae nuestra atención se alude a los representantes de los trabajadores -en este caso, trabajadores de los servicios públicos- para imponerles la obligación de actuar (en la obra *"Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992"*⁴³³, de Jesús González Pérez y otros, podemos leer -página 128- que *"El deber -si se habla con precisión- nace directamente de la Ley. Cuando es preciso un pacto previo*

⁴³³ Editorial Cívitas, 1999.

ya no hay deber sino obligación resultante de ese pacto”), conforme a las reglas que demanda el sigilo o el secreto profesional. A saber:

1) Respecto a los Delegados sindicales y en relación con el derecho que les asiste de tener acceso a la misma información y documentación a la que tiene derecho el Comité de Empresa, el artículo 65.3, 4º les impone la obligación de *“guardar sigilo profesional en las materias en las que legalmente proceda”*.

2) En cuanto a los Delegados y Delegadas de Prevención, el artículo 52.4 exige de ellos que observen

“...el debido secreto profesional acerca de las informaciones a que tuviesen acceso como consecuencia de su actuación en la Administración de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores⁴³⁴ y en los artículos 10, párrafo segundo⁴³⁵, y 11⁴³⁶ de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas” (art. 52.4).

⁴³⁴ Trascrito anteriormente.

⁴³⁵ El artículo 10, párrafo segundo, tiene el siguiente contenido: *“Los miembros de las Juntas de Personal y éstas en su conjunto, así como los Delegados de personal, en su caso, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los temas en que la Administración señale expresamente el carácter reservado, aun después de expirar su mandato. En todo caso, ningún documento reservado entregado por la Administración podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de la Administración o para fines distintos a los que motivaron su entrega”*.

⁴³⁶ El artículo 11 se refiere a las garantías y derechos de los miembros de los órganos de representación.

6.- Escursus, discrepancia entre el deber del personal y el derecho del paciente.

Si examinamos el grupo de preceptos que nos hablan de confidencialidad, sigilo o secreto, en la Ley de Salud de Andalucía, podremos observar la disfunción o ausencia de coherencia entre sus contenidos:

- Por un lado, el artículo 6.1, refiriéndose a los derechos de los que son titulares y disfrutaban los ciudadanos, nos habla de la

"...confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y estancia⁴³⁷ en cualquier centro sanitario" [letra f)].

- Por otro lado, el transcrito artículo 9.3 impone a todo personal sanitario y no sanitario la obligación, respecto de los pacientes, de *"...no revelar datos de su proceso⁴³⁸..."*.

Si atendemos al contenido del citado artículo 9.3, los efectos jurídicos del deber del personal se proyectan respecto del proceso asistencial del paciente y no respecto de su estancia en el centro sanitario. Sin embargo, si también atendemos al contenido del artículo 6.1, f), observamos como el ciudadano tiene derecho no sólo a la confidencialidad de la información relacionada con su proceso asistencial, sino, así mismo, de su estancia en el centro sanitario.

Esa falta de sintonía entre el derecho de los ciudadanos y el deber del personal podría quedar, *a priori*,

⁴³⁷ Subrayado por el autor.

⁴³⁸ Subrayado por el autor.

integrada por el juego del binomio derecho-deber correlativo. La laguna que se pone de manifiesto en la Ley andaluza ha venido a ser integrada, respecto del personal estatutario, por una norma estatal, posterior en el tiempo y de carácter básico. Hablamos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en cuyo seno encontramos fundamento suficiente para poder obviar la indicada ausencia de sintonía o coherencia de los ya consignados artículos 6.1 y 9.3, en base a los dos siguientes argumentos:

1º) El contenido de los deberes contemplados en el artículo 19, letras i) y j); por cuanto:

a) En la letra i) se exige al personal (en lo que afecta) el *"Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud (...), y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables..."*⁴³⁹.

b) En la letra j) se exige al referido personal *"Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones"*⁴⁴⁰.

2º) Por la tipificación y calificación jurídica como infracción, de carácter muy grave, de la conducta recogida en el régimen disciplinario contemplado en la Ley 55/2003, cuyo artículo 72.2,c) sanciona el incumplimiento del deber

⁴³⁹ No subrayado en original.

⁴⁴⁰ No subrayado en original.

de reserva respecto de la información relacionada con el proceso asistencial y la estancia de los usuarios en las instituciones o centros sanitarios. En consonancia con lo expuesto, se incurre en el tipo mediante

“El quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y a la información relacionada con su proceso y estancia⁴⁴¹ en las instituciones o centros sanitarios”.

La actividad de integración del ordenamiento jurídico nos conduce a colegir que aquella disfunción o incoherencia ha sido subsanada por el grupo de preceptos anteriormente examinados, por lo que la exigencia del deber se proyecta tanto respecto del proceso asistencial del paciente como respecto de su estancia en el centro o institución.

7.- Problemática de hecho, con trascendencia jurídica, suscitada en los centros o instituciones sanitarias.

Es notorio y público que una simple visita al centro asistencial es suficiente para conocer si una persona está o no internada en el mismo. Basta con acercarse a la unidad de información y dar un nombre para que el empleado o empleada pública, después de consultar el ordenador y sin previa acreditación del solicitante, informe si está o no ingresada la persona por la que se pregunta. En caso positivo, con indicación de la planta y el número de habitación.

Evidentemente, esta práctica es contraria a los derechos del enfermo y a los de su familia, dicho de otro

⁴⁴¹ No subrayado en original.

modo, atenta contra su intimidad personal y familiar. No sólo ello, sino que a la Administración Sanitaria la sitúa *extra y contra legem* y la convierte en transgresora de uno de los derechos fundamentales que mayor desarrollo y protección ha tenido, como puede constatarse a través de las disposiciones jurídicas, dictadas al efecto, reguladoras de la responsabilidad administrativa, civil y penal, como posteriormente tendremos ocasión de comprobar.

No sería complejo ni traumático para la Administración Sanitaria ajustarse a Derecho y evitar realizar actos con posible repercusión administrativa, civil y penal. La información que necesita conocer el visitante del paciente puede ser facilitada; sólo es necesario para ello que se encuentre la Administración previamente autorizada por el propio paciente o, en su caso, por quien legalmente le correspondiera (representante legalmente autorizado).

8.- Interrelaciones jurídicas.

8.1.- En la legislación de carácter sanitario.

Las manifestaciones del deber que nos ocupa no se circunscriben sólo al ámbito del marco jurídico reflejado anteriormente (Derecho Constitucional y Derecho de la Función Pública), sino que en el bloque del Derecho que se conoce como Público y, dentro de éste, en la parte del Derecho Administrativo que suele denominarse Derecho Sanitario, encontramos, de forma prolija, invocaciones normativas que nos dirigen directamente a este deber.

Como paradigma de lo expresado van a ser reflejadas algunas de las referencias vigentes al respecto:

a) Ley 41/2002, de 14 de noviembre: disposición que, por una parte, mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, y, por otra parte, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación (exposición de motivos, párrafo segundo).

Esta disposición formal contiene, además, una serie de preceptos que se refieren, directa o indirectamente, a la esencia del deber, que tienen especial relevancia e incidencia en el mismo. A saber:

1.- Formando parte de los principios básicos que la ley contempla en su artículo 2, su número 6 contiene el referido tanto a la dignidad de la persona como a su intimidad, cuando señala que:

"La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica".

2.- Consecuencia del principio básico anteriormente referido y como correlativo al mismo, el artículo 7 de la Ley reconoce a toda persona el "derecho a la intimidad", a su intimidad. Derecho, por otro lado, que no puede tener más trascendencia o carga jurídica que la de representar un

recordatorio y una expresión específica del garantizado, *ab origine*, a nivel constitucional, esto es, el previsto en el artículo 18.1 de la Constitución. Dicho ello, conviene matizar que su manifestación legal -la que nos ocupa- en realidad comprende dos derechos: el indicado derecho a la intimidad y el que podríamos denominar como derecho -excluyente- de acceso; ambos con el siguiente tenor:

"Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley".

Ahora bien, no sólo se reconoce el derecho, sino que, así mismo, se impone a los centros sanitarios la obligación de que adopten

"...las medidas oportunas para garantizar los derechos⁴⁴² a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes".

3.- Con anterioridad se ha aludido al sometimiento al deber de secreto de toda persona que en el ejercicio de sus funciones tenga acceso a la historia clínica (art. 16.6). Pues bien, el número 7 del precitado artículo exige de las Comunidades Autónomas que regulen *"...el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso"*.

⁴⁴² Nótese como la Ley emplea ya el plural (derechos y no derecho).

El anterior mandato de la Ley dirigido a las Comunidades Autónomas se encuentra directamente ligado con el contenido de su artículo 19, que recoge los "derechos del paciente respecto de la custodia de la historia clínica" (intitulación del precepto), de la siguiente forma:

"El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la Ley".

8.2.- En la legislación sobre prevención de riesgos laborales.

No sólo y exclusivamente existen referencias al deber que nos ocupa en el específico marco jurídico sanitario, sino que en sectores jurídicos diferenciados del mismo podemos hallar otras referencias normativas al deber de secreto. Efectivamente, como ejemplo de lo dicho podríamos reflejar la previsión que contempla la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, cuyo artículo 22 (después de garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud, por parte del empresario, con consentimiento de los mismos, salvo en los supuestos previstos en la ley⁴⁴³), establece que

⁴⁴³ Número 1 del artículo 22. La excepción aludida se concreta en "...los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad".

"Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud" (número 2).

Añadiendo, que

"El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador" (número 4, párrafo segundo; si bien se exceptúa de ello que "...el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva".

8.3.- En la legislación de carácter informático.

Ya se ha hecho alusión al artículo 18.4 de la Constitución, que nos habla del uso de la informática. En general, el uso de las nuevas tecnologías en las Administraciones Públicas ha evidenciado determinadas

cuestiones que reclamaban su regulación, y, aún cuando la tarea no está concluida, cierto es que, incluso a niveles del uso de las referidas tecnologías, se ha avanzado en ello.

Ejemplo de lo dicho puede ser las instrucciones que, al efecto, contiene la Resolución de 27 de septiembre de 2004⁴⁴⁴, por la que se establece el manual de comportamiento de los empleados públicos en el uso de los sistemas informáticos y redes de comunicaciones de la Administración de Junta de Andalucía. Disposición jurídica que despliega efectos frente a todos por haber sido publicada en el respectivo periódico oficial, y, cuyo ámbito de aplicación, abarca a todos los usuarios de los sistemas de información y redes de comunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía (arts. 2.3; 3 y 15).

La reseñada Resolución trata, como su propia designación indica, del uso de los instrumentos utilizados en la informática, y contiene una serie de instrucciones al efecto, cuyo incumplimiento puede acarrear la correspondiente responsabilidad, entre las que reflejaremos aquellas que en estos momentos nos interesan. A saber:

a) El artículo 6.1 le imprime carácter confidencial a la información albergada en los servidores de la Administración de la Junta de Andalucía y aquella que circule a través de su red mediante elementos de comunicación o transmisión, que sean de su propiedad o le hayan sido confiada.

⁴⁴⁴ Aprobada por la Secretaría General para la Administración Pública, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, y publicada en el BOJA número 200, de 13 de octubre de 2004.

b) El número 2 de igual precepto le atribuye a los usuarios la obligación de proteger la referida información, prohibiendo su envío no autorizado al exterior (incluye esta noción tanto el acceso como la visualización de la misma).

Así mismo, atribuye una consideración especial de confidencialidad a los ficheros o a la información que contenga datos de carácter personal.

c) Respecto de la salida de información que contenga datos de carácter personal (ya sea en soportes informáticos, correo electrónico, portátiles, etc.), se indica que sólo podrá realizarse por personal autorizado formalmente por el responsable del fichero, siempre que se cumpla la normativa vigente que garantiza los niveles de protección.

Se señala también que tanto las salidas como las entradas de los referidos soportes quedarán anotadas en un registro (art. 6.11).

d) Se establece que concluida la relación funcional o laboral del usuario con la Administración de la Junta de Andalucía, éste dejará de tener acceso a los equipos informáticos y a la información incorporada a los mismos, debiendo devolver aquellos que se encuentren en su posesión.

Es más, no termina en ello la obligación que se establece, sino que el usuario seguirá obligado a mantener la máxima reserva y confidencialidad, no sólo de la información y documentos, sino también de las claves, análisis y aplicaciones informáticas (art. 6.14).

9.- Incumplimiento del deber.

La conculcación del presente deber faculta para sustanciar los hechos por vía disciplinaria y, en su caso, por vía penal e incluso por vía civil, en virtud de la regulación positiva que se ha realizado de la conducta que incumple el deber de secreto, según después se explicitará.

Por lo demás, hay que resaltar que, en general, la regulación jurídica del deber, tanto en el ámbito disciplinario como en el penal, es una de las más prolijas.

Recuérdese, así mismo, que la Resolución de 27 de septiembre de 2004, por la que se establece el manual de comportamiento de los "empleados públicos"⁴⁴⁵ en el uso de los sistemas informáticos y redes de comunicaciones de la Administración de Junta de Andalucía, habla de que cuando se detectare en el uso de los medios informáticos actuaciones irregulares, ilícitas o ilegales, procederá la Administración de la Junta de Andalucía a exigir las responsabilidades legales que correspondan (art. 14).

9.1.- Ámbito disciplinario.

Como novedad de este ámbito y deber, se ha de exponer que en la legislación específica farmacéutica se encuentra recogido el mismo, según comprobaremos posteriormente.

⁴⁴⁵ Como puede observarse, ya con anterioridad a la Ley 7/2007, la expresión "empleados públicos" era utilizada para referirse al personal que presta servicios en las Administraciones Públicas; en este caso, en la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

9.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Como ya es conocido, La Ley 7/2007 sólo establece las faltas o infracciones de carácter muy grave, sin que los tipos contemplados por la misma tengan carácter de *numerus clausus*.

En lo que afecta al presente deber, el artículo 95.1, califica como falta muy grave los tipos siguientes:

"La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función" [letra e)].

"La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido" [letra f)].

La contemplación del incumplimiento del deber con la calificación más grave posible y, además, a través de dos tipos diferenciados, denota la importancia que para el legislador estatal tiene la conducta que trasgreda dicho deber.

Por otro lado, el término "indebida", contenido en el tipo previsto en la letra e), presenta un grado de inconcreción que le hace formar parte de lo que se denomina concepto jurídico indeterminado, y, como tal, tendrá que ser completado por la doctrina de los Tribunales de Justicia; especialmente en lo referido a la expresión "utilización indebida", ya que la idea de "publicación"

podemos extraerla de la sentencia del Tribunal Supremo que veremos en el punto 9.2 ("*Ámbito penal*") posterior, de fecha 4 de abril de 2001, a la cual nos remitimos.

9.1.2.- Regulación específica del personal.

Se venía a decir anteriormente, con motivo de examinar la regulación positiva del deber, que se trataba de contemplar la regulación específica que, en su caso, pudiera existir para cada clase de empleado público. Precisamente es lo que se va a llevar a cabo en el presente epígrafe.

9.1.2.1.- Personal estatutario.

En la Ley 55/2003 sólo ha sido contemplado un tipo específico que guarde relación con este deber, y, precisamente, con la más grave de las calificaciones posibles. Ello vuelve a denotar la importancia que para el legislador estatal tiene su incumplimiento (no olvidemos, conviene expresarlo aquí, que la ley es la expresión de la voluntad popular, como dice el texto constitucional en su preámbulo).

La calificación jurídica, pues, es de carácter "muy grave", prevista en el artículo 72.2,c), de la Ley 55/2003, y definida como

"El quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y a la información relacionada con su proceso y estancia en las instituciones o centros sanitarios".

La observación que puede hacerse al supuesto de hecho anterior, se debe a la introducción del concepto jurídico indeterminado que presupone la expresión "*debida reserva*". Ello conlleva un cierto grado de inconcreción, que será completado, como ya ha sido indicado, con la doctrina de los Tribunales de Justicia.

Por otra parte, aplicable a todo el personal, sanitario y no sanitario, que presta servicios en la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, el artículo 25.1, a), de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, establece como infracción o falta sanitaria de carácter grave, el hecho de

"Dificultar o impedir el disfrute de cualquiera de los derechos reconocidos en el título II de la presente Ley a los ciudadanos, respecto de los servicios sanitarios públicos o privados".

Teniendo presente que la Ley de Salud de Andalucía tiene fecha de junio de 1998 y la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público es de abril de 2007, llama la atención la sintonía legislativa que se produce entre ambas normas jurídicas formales, ya que el artículo 95.3 de dicho Estatuto determina que "*Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma...*". Evidentemente, tal sintonía quebraría en el caso de que presentara contradicción lo establecido en el artículo 95.2 de la citada Ley 7/2007 y el tipo previsto en la Ley autonómica (ésta no puede contradecir ni oponerse a lo dispuesto en la susodicha Ley estatal).

Matizado lo anterior, se ha de recordar que entre los derechos de los ciudadanos reconocidos en el título II, artículo 6, letras b) y f), de la Ley de Salud de Andalucía, se encuentra, respectivamente, el derecho de respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad de los indicados ciudadanos, y el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario.

A mayor abundamiento, recordaremos que el indicado título II, en su capítulo III, denominado "*Efectividad de los derechos y deberes*", y, en concreto, su artículo 9.3, nos habla de la obligación de todo el personal de no revelar datos del proceso que padezcan los ciudadanos, salvo la información necesaria en los casos y con los requisitos previstos expresamente en la legislación vigente.

Consecuentemente, una trasgresión del deber que se examina puede ser subsumida en el transcrito artículo 25.1, a) de la Ley de Salud de Andalucía, siempre que no correspondiera subsumirla en los tipos previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁴⁶.

9.1.2.2.- Personal funcionario.

Se trae a colación que en epígrafe anterior (apartado 5.2), correspondiente al personal funcionario, se hacía mención al Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, cuyo

⁴⁴⁶ Sin tener consideración de personal estatutario pero por dirigirse al personal sanitario, si bien a aquel que presta servicios en las oficinas de farmacia, se hace alusión a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE número 178, de 27 de julio de 2007; referencia RCL 2006\1483, correspondiente a la base de datos de Aranzadi), cuyo artículo 101.19ª contempla como infracción de carácter "grave" el hecho de "*Incumplir, el personal sanitario, el deber de garantizar la confidencialidad y la intimidad de los pacientes en la tramitación de las recetas y órdenes médicas*".

artículo 13.4 remitía, en el supuesto de incumplimiento del deber, al régimen disciplinario de las Administraciones Públicas donde presten servicios los "Inspectores", y, con carácter supletorio, al de los "Funcionarios Civiles del Estado"; régimen que allí se explicitaba en nota a pié de página, a la cual nos remitimos.

Al hilo de lo indicado en el párrafo anterior, no resulta vano observar la coherencia de lo legislado -tantos años después- en el Estatuto Básico del Empleado Público con lo indicado en el artículo 13.4 del citado Real Decreto 1945/19983; en tanto que el referido artículo 93.1 y Estatuto nos dice que "*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*".

Lo contrario de la coherencia aludida lo encontramos en la ausencia de sintonía entre el Estatuto Básico del Empleado Público y el Reglamento disciplinario aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por cuanto éste elige una calificación jurídica de carácter grave, contemplada en su artículo 7.1, j), que define como "*No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio*". Precepto que no puede suplir, en ningún caso, la falta de carácter muy grave que prevé el Estatuto Básico del Empleado Público.

9.1.2.3.- Personal laboral.

Podemos referir que el personal laboral contempla dos supuestos de hecho que se relacionan con el deber que nos

ocupa, con distinta calificación jurídica, como se expondrá a continuación.

a) Infracción muy grave: El artículo 43.14 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, contempla como infracción de esta naturaleza

"(...) la violación muy grave del derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del personal (...)".

En cuanto que se considera que no existe contradicción ni se opone a los tipos establecidos en el artículo 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, se encuentra amparado por lo dispuesto en igual precepto, letra p).

b) Infracción grave: Con la presente calificación jurídica, el citado Convenio Colectivo contempla, en el número 13 de su artículo 44, el supuesto de hecho definido como

"No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del trabajo cuando causen perjuicios a la Administración o se utilice en provecho propio".

La falta que nos ocupa queda amparada por lo dispuesto en el artículo 95.3 del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Recuérdese: "También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral" (artículo y letra citados).

9.2.- Ámbito penal.

Recordando lo ya expresado, en este ámbito no cabe hacer distinciones entre personal estatutario, personal funcionario y personal laboral, en cuanto el Código penal considera funcionario público a *"...todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"* (art. 24.2).

Así, corresponde examinar las figuras jurídicas criminales que son susceptibles de aplicarse cuando no se respeta el deber que nos ocupa. En tal sentido, se ha de significar que el Código penal contiene los siguientes tipos específicos al respecto:

a) Delito de revelación secretos:

El capítulo I, del título X, del Código penal, trata de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en sus artículos 197 a 201, ambos inclusive. Artículos que vamos a examinar a continuación:

1) El artículo 197, inicia los tipos contemplados en el indicado capítulo, y va a ser reproducido por su remisión al mismo del artículo siguiente. Dicho precepto contempla los siguientes supuestos de hecho:

"1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión,

grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los

datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

Como podemos observar el precepto transcrito alude a las nuevas tecnologías en materia de ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros. La realidad tecnológica y social del tiempo que vivimos imponía tomar en consideración las nuevas tecnologías, ya que en pocos casos dejaría de afirmarse que la información que posee la Administración Pública de los ciudadanos, no se encuentra recogida en los contemplados soportes. Es más, el uso indebido de la información no divulgable, es extraída, en la mayoría de los casos, de dichos soportes o se divulga a través de medios telemáticos.

Por otro lado, como cuestión que representa la trascendencia del cambio de fondo operado en el delito, es de hacer notar que el vigente Código suprime la dispensa

penal que favorecía a padres y tutores respecto de las cartas y papeles de sus hijos menores.

Finalmente, el presente tipo contempla las acciones básicas del delito. En este sentido, cabe referirse a que la pena prevista será agravada si el sujeto agente es autoridad o funcionario público, como veremos seguidamente.

2) El artículo 198 se dirige, pues, a autoridades y funcionarios, agravando el precepto las penas previstas en el anterior artículo. Su contenido es el siguiente:

"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años".

3) El artículo 199 del Código penal contempla un tipo básico y otro cualificado, con el contenido siguiente:

"1. El que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a

veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2001, dictada en recurso de casación número 2338/1999⁴⁴⁸, puede ser ejemplo del alcance que tiene el deber que nos ocupa en el ámbito sanitario. Así, la sentencia recurrida en casación absolvía a la acusada, especialista neuróloga, del delito de revelación de secretos del artículo 199.2 del Código penal. El relato fáctico declara, en síntesis, que *“...la acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales para prestar asistencia neurológica a una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, «como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales de embarazo, circunstancia ésta que fue manifestada a su madre, la que a la primera ocasión en el pueblo lo comunicó a la hermana...”.*

Al respecto, discurre el Tribunal Supremo indicando que el delito del artículo 199.2 del Código Penal, *“protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas”*; consistiendo la acción en:

a) *“...divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, cuyo artículo 10.3 establece el derecho de los ciudadanos «a la confidencialidad de toda la información relacionado con su proceso y con su estancia en*

⁴⁴⁸ Referencia RJ 2001\2016, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

instituciones sanitarias» y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben «quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica» (art. 6.1)».

b) "...divulgar los secretos de una persona, entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994)».

Después de rechazar el Tribunal Supremo la afirmación de la sentencia impugnada de "...que la conducta al divulgarse no tiene relevancia penal al no tratarse «más que de simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón», y manifestar que tal "afirmación frivoliza sobre sentimientos de forma no ajustada a la realidad", manifiesta, así mismo, que "La

divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental (el de la paciente) precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto".

Consecuencia de ese discurrir, el Tribunal Supremo falla anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, y condenando a la acusada a un año de prisión y multa de 12 meses, con cuota diaria de mil pesetas; a la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años y a abonar una indemnización de dos millones de pesetas.

4) Si hasta la entrada en vigor del vigente Código el delito que se examina no era aplicable a las personas jurídicas, desde su entrada en vigor no ocurre igual, ya que el artículo 200 contempla las referidas personas como sujetos pasivos del delito. Su contenido es como sigue:

"Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código".

Conviene reflejar que para proceder penalmente es necesaria denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o, en caso de ser menor de edad, incapaz o persona desvalida, del Ministerio Fiscal (art. 201.1, del Código penal). Sin embargo, no es precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 201.2 de igual texto).

Finalmente, El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130⁴⁴⁹ (número 3 del precepto repetido).

b) Delitos de infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos.

El capítulo IV, del título XIX (denominado "*Delitos contra la Administración Pública*"), del Código penal, contempla los delitos epigrafiados, agrupándolos en sus artículos 413 a 418.

Según puede observarse, los presentes delitos se encuadran dentro del grupo que reprimen conductas en contra de las Administraciones Públicas, tenidas éstas por autoridades, funcionarios o agentes de la autoridad. Por el contrario, el delito de revelación de secretos no va dirigido al referido personal, si bien se contempla una modalidad agravada (art. 198) para el supuesto de que el autor de los hechos tipificados en el artículo 197, sea autoridad o funcionario público.

Estos delitos se encuentran relacionados con el deber que nos ocupa y vamos a dedicar a los mismos, seguidamente, nuestra atención.

1) El artículo 413 trata de la sustracción, destrucción, inutilización y ocultación de documentos. Dice así:

⁴⁴⁹ El artículo 13.4 dice que la responsabilidad penal se extingue por indulto.

"La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años".

2) El artículo 414 trata, en resumen, de la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso a documentos. Su contenido es el que sigue:

"1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses".

3) Por su parte el artículo 415 se refiere al acceso ilícito a documentos secretos:

"La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

4) Trata el artículo 416 de las conductas contempladas en los artículos anteriores, realizadas por particulares. A saber:

"Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos".

5) El artículo 417 tiene incidencia importante en el ámbito de la función pública debido a la naturaleza de la información y/o datos que conocen las personas que prestan servicios en las distintas Administraciones Públicas y organismos dependientes; servidores públicos que, incluso, accediendo lícitamente a los datos, pueden incurrir en una conducta ilícita si los comunican a terceros sin consentimiento de sus titulares.

El contenido del citado artículo 417 nos presenta los siguientes supuestos de hecho:

"1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 13 de julio de 1999⁴⁵⁰, viene a señalar que "...el bien jurídico protegido por la figura jurídica delictiva tipificada en el artículo 417.1 del Código penal, es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos" (fundamento de Derecho tercero, párrafo primero). En idéntico sentido la

⁴⁵⁰ Referencia RJ 1999\5698, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2003⁴⁵¹, citada por la anterior.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1998⁴⁵², explicita que *"La acción comisiva consiste en revelar, es decir, en hacer público lo que no debe serlo, sea de forma oral o mediante la entrega a terceros de escritos o papeles"*; y lo *"...revelado tanto pueden ser secretos como «cualquier información»; concepto éste constituido por los hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son por su propia naturaleza reservados, protegiendo así la Ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los asuntos de que conocen, sean o no «secretos» en su sentido más estricto"*.

A lo expuesto sobre la consideración que dice el Tribunal Supremo se ha de tener sobre la expresión *"cualquier información"*, hemos de añadir que la también sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de fecha 24 de junio de 2002⁴⁵³, citando la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2001⁴⁵⁴, atribuye a éste la afirmación de que *"el conocimiento de una información que no debe ser divulgada, no es forzoso se sepa por el cauce de los mandos superiores o porque se intervenga en el operativo policial. Un rumor (o comentarios aislados) en el seno de la organización puede bastar para que el autor llegue a la convicción que es real o probable lo que comunicará a un tercero"*. Añade el Tribunal Supremo que *"el*

⁴⁵¹ Referencia RJ 2003\7409, correspondiente a la base de datos de de Aranzadi,

⁴⁵² Referencia RJ 1998\4877), correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁵³ Referencia ARP 2002\649, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁵⁴ Referencia RJ 2001\6816, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

elemento del tipo «conocer por razón de oficio o cargo» no equivale a conocimiento por revelación de los mandos superiores (cadena de mando) y, tampoco, a la implicación expresa del sujeto en la información» (el acusado alegaba en su defensa, falta de determinación en la sentencia recurrida de las fuentes de conocimiento de la información de la cual se le acusaba su divulgación).

6) El artículo 418 castiga al particular que aprovechare un secreto o información privilegiada obtenido de un funcionario público o de una autoridad. Su contenido es el siguiente:

"El particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años".

El presente tipo se dirige, como ha sido dicho, al particular. Ahora bien, el Código penal prevé que el aprovechamiento pueda producirse, así mismo, por parte de funcionario o autoridad, como veremos a continuación.

c) Delito de uso de secreto o información privilegiada:

El artículo 442 nos habla del uso de un secreto o información privilegiada con la finalidad de obtener un beneficio económico, en los términos siguientes:

"La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su

oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2001⁴⁵⁵, dictada en casación, mantuvo la condena impuesta (por la comisión de un delito de uso indebido de información privilegiada), de cuatro años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa de un millón de pesetas, a un Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital San Agustín de Avilés, que ordenó a la secretaria de dicho Servicio que extrajera de los libros de anatomía patológica los datos personales de aquellas pacientes que habían sido sometidas a histerectomía total con doble anexectomía (extirpación de útero y ovarios); datos que le eran facilitados por aquélla mediante listados o discos informáticos, que se llevaba posteriormente a su domicilio con el fin de enviar a las

⁴⁵⁵ Referencia RJ 2002\817, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

pacientes propaganda de su clínica privada y de los tratamientos que allí se realizaban.

d) Concurso de delitos.

Concorre en las acciones delictivas que dan lugar a la comisión de la mayoría de los tipos que han sido examinados con anterioridad, que suele existir un móvil económico, esto es, una contraprestación en metálico o en especie. De ahí que el delito de cohecho (se examina en el deber de no exigir ni aceptar beneficio, compensación o contraprestación en consideración a su función), se encuentre muy ligado al tipo de delitos que nos ocupan en el presente deber.

Si el delito de cohecho hace notar su presencia en el tipo de actuaciones que nos ocupan, los delitos de injurias⁴⁵⁶ (también faltas del art. 620, número segundo⁴⁵⁷) y, a veces, calumnias⁴⁵⁸, pueden concurrir, así mismo, junto a los delitos que nos ocupan.

9.3.- Ámbito civil.

Este ámbito se encuentra regulado por la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo⁴⁵⁹, por la que se establece la

⁴⁵⁶ El artículo 208 del Código penal expresa que “*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”.-

“*Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.- Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se consideran graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

⁴⁵⁷ El artículo 620.2º del Código penal considera que incurren en falta “*Los que causen a otro una (...), injuria o vejación injusta de carácter leve*”.

⁴⁵⁸ El artículo 205 del Código penal señala que “*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

⁴⁵⁹ Referencia RCL 1982\1197, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La exposición de motivos, de la indicada disposición formal, señala que

"...en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece" (párrafo cuarto). En este sentido, el artículo 1.2 de la Ley orgánica preceptúa que "El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito".

El artículo 7 de la referida Ley orgánica contempla la definición de intromisiones ilegítimas. A saber (en lo que nos afecta):

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley⁴⁶⁰:

⁴⁶⁰ El artículo 2 de la Ley dice: "1. *La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.*

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso" [resto del párrafo declarado inconstitucional y nulo por sentencia del Tribunal Constitucional número 9/1990 –Pleno-, de 18 enero (Referencia RTC 1990\ 9, correspondiente a la base de datos Aranzadi.)].

"3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo".

"4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

"7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"⁴⁶¹.

⁴⁶¹ "1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción."

"5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

IV. DEBER DE INFORMACIÓN A USUARIOS Y PACIENTES

1.- Introducción.

Si algún derecho del ciudadano ha elevado su dignidad de persona, podemos decir que, en el ámbito sanitario, ha sido el que ha establecido que pase de simple sujeto pasivo -sufridor- a sujeto que determina aquello que se hace con su persona (en los términos previstos en la Ley).

Precisamente, el reconocimiento del derecho ha producido el correlativo deber de información -el que nos ocupa- que se impone al personal estatutario y no estatutario, en correspondencia con las funciones que les corresponden.

La Ley autonómica 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada⁴⁶², señala, en el párrafo tercero de su exposición de motivos, que

“Los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en relación a su estado de salud fueron reconocidos y regulados con carácter de norma básica del Estado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y posteriormente desarrollados en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por la Ley 2/1998, de 15 junio, de Salud de Andalucía”.

⁴⁶² Referencia LAN 2003\537, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Añade, a continuación, la indicada disposición formal, que *"En fecha reciente, ha sido publicada por el Estado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica"*.

2. Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Formando parte de los principios de conducta, el artículo 54.4 de las Ley 7/2007 dirige a los empleados públicos el mandato de que

*"Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer..."*⁴⁶³.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, h) de la Ley 55/2003 establece que el personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a

"Informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles".

⁴⁶³ El artículo y número que nos ocupa completa su contenido añadiendo *"...y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones"*. Expresión que conforma un deber distinto.

Como podemos colegir, es uno de los deberes que presenta una vertiente de carácter esencialmente sanitario y, como tal, tiene su correspondiente proyección en el marco jurídico sectorial, como seguidamente tendremos la ocasión de comprobar, a través de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad; de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, y de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Se recuerda que las dos primeras disposiciones jurídicas fueron aprobadas al amparo del artículo 149.1.16^a de la Constitución y por ello tienen el carácter de normas básicas (salvo los preceptos que las mismas excluyen) y, en consecuencia, son de aplicación a todas las Administraciones Públicas.

a) Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad⁴⁶⁴.

El artículo 10 de la ley se inicia y continúa, en lo que nos afecta, diciendo que *"Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias"*⁴⁶⁵:

"2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso".

⁴⁶⁴ Hemos de tener en cuenta que la Ley 14/1986 tiene *"la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula"* (art. 2.1).

⁴⁶⁵ Los derechos contemplados en los apartados 3 y 4 pueden ser ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

"4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario".

El resto de derechos que contempla el citado artículo 10, o bien no tienen relación directa con el deber que se examina, o bien, precisamente, por esa relación directa, han sido derogados por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la que trataremos a continuación.

b) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como su propia denominación indica, y en lo que ahora nos afecta, esta Ley contiene los derechos del paciente que guardan directa e intrínseca relación con el deber que analizamos. Derechos que se convierten en correlativos deberes para el personal que presta servicios no sólo en la Administración sanitaria, sino en todo centro y servicio sanitario, ya sea público o privado. En este sentido, se ha de atender a lo que dispone el ámbito de aplicación (artículo primero) de la propia norma:

"La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia

de autonomía del paciente y de información y documentación clínica”.

Dicho ello, vamos a referirnos, a continuación, a los preceptos que, como ya ha sido indicado, guardan relación con el deber de información a usuarios y pacientes:

a) Al hilo de reflejar el derecho de pacientes y usuarios⁴⁶⁶ a decidir entre las opciones clínicas disponibles, el artículo 2.3 de la Ley antepone como premisa que su ejercicio se llevará a cabo una vez recibida la información adecuada. En efecto, el referido precepto se pronuncia así:

“El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”

b) Se establece por el artículo 6.2 de la Ley, la obligación, del personal que interviene en la actividad asistencial, de cumplir con el deber de información al paciente. Así se manifiesta el indicado precepto:

“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

c) Impone el artículo 6.7 de la Ley, a todo aquel que tenga acceso a la información clínica, la obligación de reserva. Dicho precepto se manifiesta de la forma siguiente:

⁴⁶⁶ Por usuario entiende el artículo 3 de la Ley 41/2002 a *“la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria”.*

"La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida".

d) El artículo 4.1 y 2 de la Ley trata del derecho de información del paciente, desde su vertiente positiva y negativa, y de la forma, modo y contenido de la información que se le ha de proporcionar. A saber:

"Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". (art. 4.1).

"La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad" (art. 4.2).

e) El artículo 4.2 de la Ley concreta quien es la persona que tiene el deber de dar satisfacción al derecho a la información del paciente:

"El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

La figura del médico responsable del paciente se contempla como derecho de los ciudadanos en el artículo 6.1, n) de la Ley 2/1998, con la siguiente expresión: "A que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad⁴⁶⁷".

f) El artículo 5 de la Ley trata sobre la titularidad del derecho a la información, las personas que han de ser informadas y la limitación de dicho derecho. Su contenido es el siguiente:

"El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5.1).

El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de

⁴⁶⁷ Al médico responsable del paciente, además de los cometidos que han sido indicados, le corresponde: a) Emitir el informe de alta médica al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, especificando los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas (art. 3, Ley 41/2002).- b) Determinar si el paciente es o no capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, a efectos de prestar el consentimiento personalmente o por representación [art. 9.3, a), Ley 41/2002]. c) Ponderar, en cada caso, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente (art. 10.2, Ley 41/2002).

comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal (art. 5.2).

Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5.3).

El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho" (art. 5.4).

g) El artículo 10.1 contempla la información básica que, como obligación, los facultativos han de facilitar a los pacientes antes de recabar el consentimiento escrito de éstos. Es la siguiente:

"a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones".

h) El artículo 12 de la Ley se dirige a regular la información que ha de recibir los pacientes y usuarios sobre los servicios y unidades asistenciales. Dice así:

"Además de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos (art. 12.1).

Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones (art. 12.2).

Cada servicio de salud regulará los procedimientos y los sistemas para garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones de este artículo" (art. 12.3).

i) El artículo 13 de la Ley se refiere a la información previa al acto de elegir médico y centro por parte de los usuarios y pacientes. Nos dice lo siguiente:

"Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes".

j) El artículo 19 de la Ley se refiere a la custodia de la historia clínica como derecho del paciente para la integración, la recuperación y la comunicación de la información. Así:

"El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la presente Ley".

K) El artículo 22 de la Ley nos habla de los certificados sobre el estado de salud del paciente o usuario, por lo que estamos ante otra vía por la que se ha de facilitar información. Su contenido se reproduce a continuación:

"Todo paciente o usuario tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado

de salud. Éstos serán gratuitos cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria”.

c) Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía⁴⁶⁸.

Los ciudadanos, al amparo del artículo 6.1 de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos:

"c) A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.

d) A la información sobre los servicios y prestaciones sanitarios a que pueden acceder y, sobre los requisitos necesarios para su uso”.

"e) A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos”.

"g) A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y tratamiento que se les apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún

⁴⁶⁸ El artículo 3 de la Ley 2/1998 contempla su ámbito subjetivo de aplicación: “Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 16 de la Ley General de Sanidad, son titulares de los derechos que esta Ley, y la restante normativa reguladora del Sistema Sanitario Público de Andalucía, efectivamente defina y reconozca como tales, los siguientes:

1. Los españoles y los extranjeros residentes en cualquiera de los municipios de Andalucía.
2. Los españoles y extranjeros no residentes en Andalucía que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, con el alcance determinado por la legislación estatal.
3. Los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea tienen los derechos que resulten de la aplicación del derecho comunitario europeo y de los Tratados y Convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.
4. Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea tienen los derechos que les reconozcan las Leyes, los Tratados y Convenios suscritos por el Estado español.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se garantizará a todas las personas en Andalucía las prestaciones vitales de emergencia”.

caso, podrá comportar peligro adicional para su salud.

En todo caso, será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

"h) 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.

i) A que se les extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando así lo soliciten.

j) A que quede constancia por escrito o en soporte técnico adecuado de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución sanitaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe de alta.

k) Al acceso a su historial clínico".

"s) A disponer, en todos los centros y establecimientos sanitarios, de una carta de derechos y deberes por los que ha de regirse su relación con los mismos".

3.2.- Personal funcionario y personal laboral.

No se encuentra recogido este deber de información en el marco jurídico funcional, ni en el VI Convenio

Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. Sin embargo, tanto al personal funcionario como al personal laboral le es de aplicación el deber contemplado en el 54.4 de las Ley 7/2007, transcrito en el apartado 2 inmediato anterior, al cual nos remitimos, sin perjuicio de lo que se dirá en el punto 3.4 siguiente.

3.3.- Personal estatutario, funcionario y laboral.

3.3.1.- Marco jurídico estatal común.

Con la premisa de la siempre existente, correlativa y recíproca relación deber-derecho y viceversa, podemos referir que el artículo 35 de la Ley 30/1992, recoge, directamente relacionado con el deber que nos ocupa, los derechos de los ciudadanos y, por ende, deber del personal al servicio de las Administraciones Públicas. A saber:

"a) A conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos".

"g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes”.

3.3.2.- Marco jurídico andaluz.

En el ordenamiento jurídico andaluz el artículo 2 del Decreto 204/95, de 29 de agosto⁴⁶⁹, por el que se establece medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos⁴⁷⁰, nos dice que:

“Los servicios centrales y periféricos de las Consejerías y Organismos Autónomos, adoptarán las medidas necesarias para que la función de información administrativa al ciudadano se desarrolle integrada en los procesos de ejecución de sus competencias, incumbiendo dicha función al personal adscrito a los mismos en la forma y con el alcance previsto en los artículos siguientes de este capítulo” (art. 2).

En consecuencia, se atribuye al personal adscrito a los servicios centrales y periféricos de Consejerías y Organismos Autónomos la función de información administrativa al ciudadano o, dicho de otro modo, la obligación de informar al ciudadano, con el alcance que sigue:

⁴⁶⁹ BOJA número 136, de 26 de octubre. Referencia LAN 1995\350, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁷⁰ Como ya es conocido, la Ley 30/1992, amparada en el artículo 149.1.18 de la Constitución, establece y regula las bases del régimen jurídico, las del procedimiento administrativo común y las del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicables a todas ellas.

Por su parte, la Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía, atribuye a esta Comunidad Autónoma, en el marco de la regulación General del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen jurídico de su Administración (art. 15.1.1) y la potestad de organizar y estructurar sus instituciones de autogobierno y de sus organismos autónomos (art. 13.1 y 2).

El desarrollo de lo anteriormente expuesto, el Decreto 204/1995, de 29 de agosto, establece una serie de medidas organizativas que modernizan y adaptan a la mencionada Ley 30/1992, los dispositivos y cauces para (entre otras cuestiones) obtener información administrativa.

a) Información administrativa general: “Es aquella que sirve de orientación e ilustración a los ciudadanos que hayan de relacionarse con la Administración Andaluza y cuyo objeto es facilitar el derecho de acceso a los servicios públicos. Tratará sobre los fines, competencias y funcionamiento de los distintos órganos y unidades, comprendiendo todos los aspectos de la organización, servicios públicos que prestan, procedimientos que gestionan, modalidades de tramitación y documentación exigida por los mismos, listas públicas, unidades responsables, localización de dependencias y, en general, toda aquella información que permita a los ciudadanos relacionarse con los distintos servicios sin más limitación que las derivadas del ámbito competencial de los mismos, de los medios materiales disponibles y del sistema de comunicación elegido por el ciudadano” (art. 3.1, Decreto 204/1995).

La referida información administrativa general corresponde ofrecerla por las unidades o puestos de trabajo que, singularmente, puedan existir para esta función o, en su defecto, o por el personal que sea designado para ello (art. 5.1 del D. 204/1995).

No obstante, el artículo 7 del Decreto contempla que “Sin perjuicio del ejercicio de las funciones de información administrativa que tengan que desarrollar los distintos Centros Directivos, las Oficinas de Información Administrativa adscritas a la Consejería de Gobernación⁴⁷¹ ejercerán las funciones de información administrativa general en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía”.

⁴⁷¹ La referencia a la Consejería de Gobernación ha de entenderse hecha en la actualidad a la Consejería de Justicia y Administración Pública.

b) Información administrativa particular: *"Es aquella que posibilita el ejercicio de derechos e intereses legítimos concretos de los ciudadanos y versará sobre los aspectos jurídicos o técnicos que deberán reunir las iniciativas que los ciudadanos se propongan realizar ante la Administración, conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado, y la identificación de las autoridades y del personal bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos, con sujeción a lo establecido en las Leyes y reglamentos vigentes"* (art. 3.2, Decreto 204/1995).

El artículo 6.1 del Decreto 204/1995 atribuye este tipo de información *"...a las jefaturas de sección u órganos asimilados con responsabilidades en la materia o el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 90/1993, de 13 de julio"*⁴⁷².

3.3.3.- Información por medios electrónicos.

Además de la información personalizada a la que venimos refiriéndonos con anterioridad, es notorio que, en las últimas décadas, vivimos una auténtica revolución de las tecnologías de la información. El fenómeno se hace patente en casi todos los ámbitos de la vida y, como no podía ser de otro modo, tiene profundo eco en las relaciones que traban las distintas Administraciones Públicas entre sí y con los ciudadanos. También se advierte de forma creciente que el uso de redes de telecomunicación permite entablar relaciones jurídicas con los ciudadanos de forma más ágil e inmediata, abriendo una vía de excepcional

⁴⁷² El Decreto 90/1993 contempla las funciones atribuidas a los Servicios, Secciones y Negociados. Referencia LAN 1993\270, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

potencial para apurar, hasta sus últimas consecuencias, el principio de eficacia en la actuación administrativa que proclama el artículo 103.1 de la Constitución.

Pues bien, la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha sido ajena a este fenómeno y ha aprobado el Decreto 183/2003, de 24 de junio, que regula la *"información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet)"*⁴⁷³. A través de este medio, la Junta de Andalucía ofrece al ciudadano la posibilidad de acceder a una determinada información.

4.- Interrelaciones jurídicas.

La materia de la que trata el deber que se examina tiene una directa vinculación con uno de los derechos fundamentales que contempla el vigente texto constitucional. Estamos pensando en el artículo 18.1 de la Constitución y, en concreto, en el derecho a la intimidad (*"Se garantiza -dice dicho precepto- el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"*).

Pero es más, el deber de información a usuarios y pacientes se encuentra, así mismo, relacionado y, a su vez, condicionado, por el también deber de sigilo, confidencialidad o deber de secreto⁴⁷⁴, al que está sometido el personal que presta servicios en las Administraciones Públicas.

En el sentido indicado y de forma general, se ha de reseñar y repetir lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley

⁴⁷³ Referencia LAN 2003\569, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁷⁴ Este deber será tratado en otro epígrafe.

2/1998, esto es, que "Todo el personal sanitario y no sanitario de los centros y servicios sanitarios públicos y privados implicados en los procesos asistenciales a los pacientes queda obligado a no revelar datos de su proceso, con excepción de la información necesaria en los casos y con los requisitos previstos expresamente en la legislación vigente".

De forma más específica, hemos de tener en cuenta lo previsto en los artículos 16 a 19 de la Ley 41/2002, cuyo contenido es el siguiente:

- Respecto de los usos de la historia clínica, su artículo 16 viene a decirnos que

"1. La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

2. Cada centro establecerá los métodos que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten.

3. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso.

El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

4. El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

6. El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

7. Las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso".

- Respecto de la custodia y seguridad de la documentación clínica, el artículo 17.5 y 6 de la Ley establece lo siguiente:

"5. Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

6. Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal".

- El acceso a la documentación de la historia clínica se regula en el artículo 18 de la Ley, con la redacción que sigue:

"1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.

2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada.

3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros".

5.- Incumplimiento del deber.

Nos encontramos ante una conducta -deber de información a usuarios y pacientes- cuyo incumplimiento sólo tendría trascendencia jurídica en el ámbito disciplinario. En distinto plano nos situarían los hechos en el supuesto de que las consecuencias del supuesto

incumplimiento dieran lugar a una situación que pudiera subsumirse en el ámbito criminal, pero ya tendríamos que estar a la situación concreta y actuar en consecuencia. Ahora bien, nos representamos, *a priori*, el simple incumplimiento del deber que nos ocupa, esto es, las consecuencias disciplinarias de la conducta.

5.1.- Ámbito disciplinario.

La trasgresión del presente deber no puede ubicarse en un tipo específico del correspondiente régimen disciplinario. Por ello, hemos de dirigirnos a subsumir la conducta negativa de que se trate en aquellos otros tipos de carácter genérico, como veremos a continuación.

5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

No siempre con la certeza de la mejor fundamentación jurídica, pero sí con la cautela de que habría que estar al caso concreto, nos atrevemos a exponer que podría subsumirse la conducta contraria al deber en el tipo previsto, como falta de carácter muy grave, en el artículo 95.2, g) de la Ley 7/2007, definido como

"El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas".

Es evidente que las funciones esenciales al puesto de trabajo tendrían que identificarse con el contenido esencial del deber que nos ocupa.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

El régimen disciplinario aludido se encuentra regulado, en la Ley 55/2003, la cual contempla, como posibles tipos en los que pueden subsumirse los hechos trasgresores del deber, aquellos que seguidamente se exponen.

a) Infracción muy grave: la calificación jurídica que nos ocupa no se establece por defecto, sino que el artículo 72.2,f) contiene un tipo que presenta propia autonomía, si bien sólo se distingue de su precedente por la notoriedad de la conducta. La descripción de aquél es como sigue:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: El artículo 72.3, c) nos dice que se incurre en la presente infracción por

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

Nos encontramos un tipo por defecto, contemplado en el artículo 72.3,c), en el que se puede subsumir la correspondiente conducta, siempre y cuando ésta no contenga los elementos necesarios para ser calificada como infracción muy grave.

c) Infracción leve: Relata el artículo 72.4, f) el siguiente supuesto de hecho:

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

Como podemos observar, se trata de una calificación a la que se llega por defecto, esto es, siempre y cuando no contengan los hechos los elementos necesarios para poderla considerar como infracción grave o muy grave.

5.1.2.2.- Personal funcionario y personal laboral.

A ambas clases de personal le es de aplicación la Ley 7/2007, por lo tanto tenemos que remitirnos a las faltas de carácter muy grave previstas en el artículo 95.2 de dicha Ley.

A ello hay que añadir que ni el Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, ni el VI Convenio Colectivo de aplicación, contienen tipo alguno, calificado como falta muy grave o como falta grave, en el que pudiera subsumirse la conducta trasgresora del deber.

Por el contrario, ambas normas jurídicas contienen, con la calificación de falta de carácter leve, sendos tipos de posible utilización. A saber:

a) En cuanto al personal funcionario: el tipo previsto en la letra e), del artículo 8, del citado Reglamento, definido como el

"Incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

b) En cuanto al personal laboral: el único tipo en el que podría intentarse la correspondiente subsunción es en el previsto en el artículo 45.3 del VI Convenio Colectivo de aplicación, definido como

"El retraso, descuido o negligencia en el cumplimiento del trabajo".

Que duda cabe que si se hace uso de la posibilidad que contempla el artículo 2.3 de la Ley 7/2007, la situación jurídica se modificaría en lo esencial, ya que pasaría a aplicarse lo dispuesto en la Ley 55/2003.

V. DEBER DE RESPETAR LAS DECISIONES QUE CONCIERNEN AL USUARIO

1.- Introducción.

Si el respeto, expresado así, tiene dimensión general y, por ende, inespecífica, el deber sobre el que aquí vamos a tratar no sólo tiene una proyección específica -se dirige a una parte de las dos que componen el grupo humano de relación-, sino que, a su vez, se ubica en un sector muy determinado -el sanitario- y, a su vez, dentro del mismo, se dirige no sólo a una parte de las dos que componen el sector -profesionales y usuarios-, sino que trata, así mismo, sobre una cuestión muy concreta y presente en la interrelación entre ambas partes: estamos tratando de hablar de uno de los derechos de mayor trascendencia que el marco jurídico sectorial que nos ocupa atribuye a los ciudadanos, es decir, que hablamos, nada más y nada menos, que de respetar, por parte de los profesionales del sector, las decisiones que conciernen a los usuarios de los Servicios de Salud, como veremos a continuación.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Si bien no se podría afirmar con un elevado nivel de certeza y seguridad que el deber contemplado en el artículo 53.1 del Estatuto Básico del Empleado Público presenta su recto o debido encaje en el deber que nos ocupa -sobre todo, porque éste tiene una proyección eminentemente sanitaria-, no es menos cierto que la exigencia de que

"Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico",

abarca, por el "todo", al deber de respetar las decisiones que conciernen al usuario. Aquí y ahora sería aplicable aquel aforismo latino *in eo quod plus est semper inest et minus*, esto es, en lo más está siempre incluido lo menos.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, letra i), de la Ley 55/2003, contiene una serie de deberes, del que forma parte el que nos ocupa en este momento⁴⁷⁵, como es el de exigir al personal estatutario de los Servicios de Salud

"Respetar la (...) libre disposición (de los usuarios) en las decisiones que le conciernen...".

Inherente a cualquier deber u obligación se ha de entender la existencia del correlativo derecho. Si este aserto no se reconoce siempre de forma expresa, en el presente supuesto sí es reflejado por la propia norma que contempla el deber. Así, cuando, sin solución de continuidad, nos habla el citado artículo 19, i) de "...el

⁴⁷⁵ El artículo 19, i) impone al personal estatutario: *"Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos"*.

resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables...".

Pues bien, he aquí otra de las cuestiones a comentar: *"las decisiones que le conciernen"* a los usuarios de los Servicios de Salud no pueden ser otras que las que se encuentren expresamente contempladas en una norma de carácter jurídico, esto es, las que el ordenamiento jurídico atribuya a los mismos como parte de su esfera de derechos que puede ejercer frente a todos y, especialmente, en el ámbito de su propia salud.

Si hasta el momento no ha sido dicho de forma inequívoca, hay que reflejarlo ya, esto es, hemos de señalar que el deber que nos ocupa presenta un ámbito de aplicación eminentemente sanitario. Muestra de ello lo encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁴⁷⁶, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 2.6 establece que

*"Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado (...) al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente"*⁴⁷⁷.

Evidentemente, la intervención en la actividad asistencial es privativa de los profesionales sanitarios que prestan sus servicios tanto en la sanidad pública como en la privada. Doble ámbito en el que es de aplicación la

⁴⁷⁶ BOE número 274, de 15 de noviembre de 2002.

⁴⁷⁷ El artículo 2.6 de la Ley 41/2002 presenta el siguiente contenido: *"Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente"*.

disposición jurídica que nos ocupa, como así señala su artículo 1: *"La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica"*.

3.2.- Personal estatutario, funcionario y laboral.

Conocemos que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, contempla, en su ámbito de aplicación, al propio personal estatutario (art. 2.1), así como, en su caso, al personal funcionario y al personal laboral. En el caso de estas dos últimas clases de personal, según lo dispuesto en el número 3 del indicado artículo⁴⁷⁸.

Por su parte, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, presenta un carácter universal, esto es, se dirige a todo el personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía (art. 58⁴⁷⁹)⁴⁸⁰ y a los *"servicios sanitarios privados"* (en los términos previstos en su artículo 6.5⁴⁸¹).

⁴⁷⁸ El indicado artículo 2.3 viene a contemplar, para el personal funcionario y personal laboral, que la Ley 55/2003 les será de aplicación siempre que no se oponga a su normativa específica y, además, así lo establezcan las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicable al personal laboral (previsión contemplada en el mismo art. 2.3).

⁴⁷⁹ El artículo 58 de la Ley 2/1998, se expresa como sigue: *"1. El personal al servicio del Sistema Sanitario Público de Andalucía estará formado por:*

- a) El personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía que preste sus servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.*
- b) El personal de otras Administraciones Públicas que se adscriba para prestar servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.*
- c) El personal del Servicio Andaluz de Salud y de las empresas públicas y entes de carácter sanitario del Sistema Sanitario Público de Andalucía.*
- d) El personal que se incorpore al mismo de acuerdo con la normativa vigente.*

2. La clasificación y régimen jurídico del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, y de los organismos y/o entidades adscritos o que lo conformen, se regirán por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo".

Así mismo, y como ya ha sido indicado, donde existe reconocido un derecho, nace su correlativo deber. Por ende, el deber que nuevamente va a ser reproducido tiene su origen en el derecho reconocido a los ciudadanos en artículo 6.1, letra ñ)⁴⁸², de la indicada Ley 2/1998:

"Los ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos (...):

"A que se respete la libre decisión de los ciudadanos sobre la atención sanitaria que se le dispense. A tal efecto será preciso el previo consentimiento escrito del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos:

- 1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
- 2. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada.*

⁴⁸⁰ *Personal que, en expresión del artículo 9.3 de la propia Ley 2/1998, es contemplado como "Todo el personal sanitario y no sanitario de los centros y servicios sanitarios públicos y privados implicados en los procesos asistenciales de los pacientes..."*.

⁴⁸¹ *El artículo 6.5 de la Ley 2/1998 contempla que "Sin perjuicio de la libertad de empresa y respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en el apartado 1, epígrafes b), d), e), f), g), h), i), j), k), n), ñ), o), p), q), r), s), y en los apartados 3 y 4 del presente artículo, rigen también en los servicios sanitarios de carácter privado y son plenamente ejercitables"*.

⁴⁸² *Artículo 6.1, ñ), redactado según modificación producida por la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.*

3. Cuando no estando capacitado para tomar decisiones y no haya emitido declaración de voluntad vital anticipada, el derecho corresponderá a sus familiares, representantes legales o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial.

4. Cuando exista peligro inminente de lesión grave irreversible o de fallecimiento que exija una actuación urgente, salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa".

En consecuencia, los únicos casos en los que no es determinante la decisión del paciente, es en los cuatro previstos en la letra y precepto transcrito. Fuera de ellos, los profesionales sanitarios se encuentran vinculados por la decisión que adopte o haya adoptado con anterioridad el paciente.

4.- Interrelaciones jurídicas.

El deber que nos ocupa presenta una serie de manifestaciones que prolongan su núcleo esencial más allá de su propia expresión específica básica. En este sentido, hemos de hacer las siguientes:

4.1.- Referencias en la Ley 41/2002.

4.1.1.- En derechos de los pacientes.

La citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es un buen semillero de aportaciones importantes y novedosas en el reconocimiento de derechos a los pacientes. Al respecto hay que reseñar:

El artículo 2, titulado "*Principios básicos*", que viene a señalar como tales:

- El respeto a la autonomía de la voluntad de la persona. (art. 2.1).
- Necesidad del consentimiento del paciente o usuario para toda actuación (art. 2.2).
- Derecho del paciente o usuario a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3).
- Derecho del paciente o usuario a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley (art. 2.4).

Los casos determinados en la Ley, son los contemplados en el artículo 6, ñ) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, ya transcritos con anterioridad.

El capítulo IV, denominado "*El respeto de la autonomía del paciente*", que puede subdividirse en dos apartados diferenciados, trata del consentimiento informado y de lo que la propia ley denomina como instrucciones previas. A saber:

4.1.2.- En consentimiento informado.

Incardinado en el deber del que tratamos, el consentimiento informado, junto a otros derechos de los pacientes, fue contemplado en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de

abril de 1997⁴⁸³, siendo el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo han suscrito, como es el caso de España, en donde entró en vigor el día uno de enero del año dos mil.

El artículo 8 trata del ámbito, forma de expresarlo y revocación del consentimiento informado, señalando, como principio, que *"toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado"*, previo conocimiento de *"toda la información disponible"* sobre su salud, *"una vez que haya valorado las opciones propias del caso"* (art. 8.1, en relación con el 4.1).

Se parte de que, por regla general, el consentimiento será verbal; sin embargo, se exige que se realice por escrito en los casos de *"intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente"* (art. 8.2). No obstante, al médico responsable de la asistencia se le asigna la obligación de ponderar, en cada caso, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente (art. 10.2).

Se contempla, así mismo (art. 8.5), el derecho que asiste al paciente de revocar libremente, en cualquier momento, por escrito, su consentimiento.

⁴⁸³ Lo cual no excluye que por otras declaraciones internacionales haya sido contemplado, si bien con una importante y decisiva diferencia: que no han tenido fuerza jurídica vinculante.

Por su parte, el artículo 9 se refiere a los límites del consentimiento informado y al consentimiento por representación.

Así, respecto de los indicados límites, se establece que se respetará la voluntad de paciente cuando éste manifieste expresamente su deseo de no ser informado, si bien tal renuncia se encuentra limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso (art. 9.1).

Por otro lado, se establece que no es necesario contar con el consentimiento del paciente (por ende, aquí quiebra el deber de respetar sus decisiones), para llevar a cabo, por los facultativos, las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del mismo, en los siguientes casos (art. 9.2):

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley⁴⁸⁴.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En cuanto al consentimiento otorgado por representación, se prevé para los siguientes supuestos (art. 9.3):

⁴⁸⁴ El artículo 9.2 añade que, en todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho).

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado la opinión de éste en el caso de que tenga doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente⁴⁸⁵.

4.1.3.- En instrucciones previas.

Se trata de un documento, denominado de instrucciones previas, mediante 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

⁴⁸⁵ El artículo 9.5 añade que “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas 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 (art.11.1, inciso primero).

El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las referidas instrucciones previas (art.11.1, inciso primero).

Se prevé que las instrucciones previas puedan revocarse libremente, en cualquier momento, por escrito (art. 11.4)⁴⁸⁶.

4.2.- Referencias en la Ley 2/1998.

La Ley 2/98, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, realiza, también, alguna aportación al presente epígrafe. Estamos ante -no podemos olvidarlo- el deber de respetar las decisiones que conciernen al usuario. Decisiones que, en el ejercicio de los derechos que a los ciudadanos atribuye el artículo 6.1, letras l) y p), éstos pueden, cuando corresponda, libremente decidir, respectivamente:

⁴⁸⁶ El artículo 11 continúa regulando las instrucciones previas como sigue: “2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”.

“5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

- la "elección de médico, otros profesionales sanitarios, servicio y centro sanitario", en los términos establecidos reglamentariamente.

- "negarse al tratamiento" que los profesionales sanitarios prescriban, excepción hecha de los casos previstos en el artículo 6.1, ñ)⁴⁸⁷.

5.- Incumplimiento del deber.

Nos encontramos ante una conducta -respetar las decisiones que adopten los usuarios en cuestiones que les conciernen- cuyo incumplimiento sólo tendría trascendencia jurídica en el ámbito disciplinario. En distinto plano nos situarían los hechos en el caso de que las consecuencias del supuesto incumplimiento dieran lugar a una situación que pudiera subsumirse en el ámbito criminal; ahora bien, para ello tendríamos que estar a la situación concreta y actuar en los dos citados planos: el disciplinario y el penal.

No obstante, nos representamos, *a priori*, únicamente el simple incumplimiento del deber que nos ocupa, esto es, las consecuencias disciplinarias de la conducta, señalando, al mismo tiempo, que no existe tipificación específica del deber y, en cuanto a la tipificación genérica, tendríamos que estar a la materia o cuestión concreta sobre las que recae la decisión no respetada.

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, va a ser reflejada sólo la responsabilidad disciplinaria.

⁴⁸⁷ En el caso de negativa al tratamiento, se impone al usuario que firme el pertinente documento, en el que quedará expresado con claridad que el paciente ha quedado suficientemente informado y rechaza el tratamiento sugerido [art. 6.1, p) y 8.6].

5.1.- Ámbito disciplinario.

La conducta que trasgreda el presente deber no puede subsumirse en un tipo específico disciplinario. Por ende, su incumplimiento únicamente puede subsumirse en tipos de carácter genérico recogidos por el correspondiente régimen disciplinario de aplicación.

5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Estatuto Básico del Empleado Público no contempla, dentro de las faltas de carácter muy grave que reseña, tipo alguno en el que pudiera subsumirse la conducta que incumpliera el presente deber. En consecuencia, habrá que estar a lo que pudiera resultar de lo dispuesto en su artículo 95, número 2 [letra p)]⁴⁸⁸ y número 3 (*lex ferenda*).

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

El régimen disciplinario de este personal se encuentra establecido en la Ley 55/2003, norma que

⁴⁸⁸ La letra p) nos habla de que “También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal labora”l.

A su vez, el número 3 determina que “Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias:

a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.

b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.

c) El descrédito para la imagen pública de la Administración”.

Por último el número 4 refiere que “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias.”

contempla las infracciones y tipos que seguidamente se exponen:

a) Infracción muy grave: La presente calificación jurídica no se establece por defecto, por razones obvias. El artículo 72.2,f) contiene el tipo que nos ocupa, que se distingue del calificado como infracción grave, únicamente por la notoriedad de la conducta. Su definición es la siguiente:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: El artículo 72.3, c) nos dice que se incurre en la presente infracción por

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

Estamos ante otra calificación jurídica por defecto, en la que se puede subsumir la correspondiente conducta negativa, siempre que ésta no contenga los elementos necesarios para ser calificada como infracción muy grave.

c) Infracción leve: Relata el artículo 72.4, f) el siguiente supuesto de hecho:

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

Hablamos, como ya se hizo en el anterior deber, de una calificación jurídica a la que se llega por defecto, es

decir, siempre y cuando los hechos no contengan los elementos necesarios para poderla considerar como infracción grave o muy grave.

5.1.2.2.- Personal funcionario.

En el Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, únicamente podemos subsumir la conducta trasgresora en su artículo 8, letra e), calificada como infracción de carácter leve y definida como el

"Incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

5.1.2.3.- Personal laboral.

Es más que dudoso subsumir la conducta trasgresora del deber que nos ocupa en su régimen disciplinario. No obstante, el único tipo que no rechazaría de plano subsumir en el mismo la conducta negativa trasgresora del deber, sería el previsto, como falta de carácter leve, en el artículo 45.3 del VI Convenio Colectivo de aplicación, definido como

"El retraso, descuido o negligencia en el cumplimiento del trabajo".

5.2.- Ámbito penal.

Como ya ha sido expresado, en principio el presente deber no presenta derivaciones de carácter penal.

VI. DEBER DE NO DISCRIMINACIÓN

DEL USUARIO

1.- Introducción.

No es baladí recordar que la etiología del presente deber, desde la perspectiva jurídica, se encuentra en el valor igualdad, recogido en el artículo 1.1 del texto constitucional, configurado como valor superior del ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, si pretendemos ahondar más en el origen jurídico del valor y principio de "igualdad" o "no discriminación", tendremos que traer a colación -sin pretender exhaustividad-, la ya referida Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, cuyo artículo primero establecía que *"Los hombre nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común"*.

2.- El valor igualdad y la no discriminación.

2.1.- Doctrina del Tribunal Constitucional.

Sobre el valor igualdad que, como se ha dicho, la Constitución incorpora como valor superior del ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional viene a decir que el artículo 14 de la Constitución, *"...en principio, parece implicar un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias..."* (sent. número 216/1991, de 14 de noviembre).

Enlazando con la anterior manifestación y en igual sentido que la misma, también manifiesta el Tribunal que "*...el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad...*" (sent. número 4/1981, de 2 de febrero).

Las anteriores expresiones del Tribunal Constitucional son *ad exemplum*, ya que pueden ser representativas de su abundante doctrina sobre el valor y principio de igualdad, respecto del que no nos extendemos por ser aquélla notoriamente conocida y no la cuestión controvertida en el presente deber (sólo la base del mismo).

2.2.- Proyección del valor igualdad en la Constitución.

Pues bien, si las manifestaciones anteriormente recogidas pueden ser la guía que conduce el valor igualdad y sus manifestaciones, la articulación del mismo se puede concretar en distintos ámbitos de la Constitución y, en general, con manifestaciones en el resto del ordenamiento jurídico español. En lo que aquí nos afecta, podemos señalar, también *ad exemplum*, las siguientes expresiones de ello:

2.2.1.- Como principio de igualdad en la aplicación de la Ley y ante la Ley.

En el texto constitucional encontramos las siguientes manifestaciones:

a) "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9.1).

b) "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (art. 14).

c) "Todos los españoles tienen los mismo derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado" (art. 139.1).

2.2.2.- La igualdad en su dimensión de equiparación.

El artículo 35.1 de la Constitución establece que "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo" (Art. 35.1).

3.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Estatuto Básico del Empleado Público, en su capítulo VI, del título III, realiza dos manifestaciones relacionadas con el presente deber:

a) La primera, en el artículo 52, en la que se exige a los empleados públicos que actúen -entre otros- con arreglo al principio de

"...respeto a la igualdad entre mujeres y hombres...".

En el ámbito de la Función Pública, por primera vez, nos encontramos con un deber de esta naturaleza consignado expresamente.

Principio de igualdad o de no discriminación que se entiende comprendido en el artículo 14 de la Constitución⁴⁸⁹, si bien el legislador, en el contexto social actual, ha querido individualizarlo, con el carácter de deber directo, para los empleados públicos.

Contexto referido en el que ha existido una prolija legislación acerca del principio de igualdad entre mujeres y hombres, como puede ser:

1) A nivel estatal: Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo,⁴⁹⁰ para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorpora modificaciones legislativas para avanzar tanto en la igualdad real de mujeres y hombres como en el ejercicio pleno de los derechos. A su vez, aplica medidas que inciden en diferentes planos de la vida (política, jurídica y social), con la finalidad de erradicar las discriminaciones contra las mujeres.

⁴⁸⁹ El artículo 14 de la Constitución contempla el principio de igualdad formal en los términos siguientes: *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*.

⁴⁹⁰ Referencia RCL 2007\586, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

2) A nivel andaluz:

2.1) El Estatuto de Autonomía para Andalucía contiene dos alusiones a la cuestión que nos ocupa:

La primera, directa o específica, contemplada en su artículo 15, en donde se establece que *"Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos"*.

La segunda, indirecta o general, prevista en su artículo 38, que viene a señalar que *"La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad..."*⁴⁹¹.

2.2) En desarrollo de los indicados preceptos estatutarios, fue aprobada la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de igualdad de género en Andalucía⁴⁹², cuyo objetivo es *"...hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para (...), seguir avanzando hacia una sociedad más democrática, más justa y más solidaria"* (art. 1 de la Ley).

b) La segunda manifestación la encontramos entre los principios éticos -artículo 53-, cuyo número 4 establece que la conducta de los empleados públicos

⁴⁹¹ El artículo 38 concluye indicando que *"El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecidos por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos"*.

⁴⁹² Referencia LAN 2007\561, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

"...se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Como podemos observar, las causas citadas en las que se prohíbe la discriminación son más numerosas que las previstas en el artículo 14 de la Constitución.

4.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.- Personal estatutario.

Este deber se encuentra contemplado en la misma letra y precepto en el que ha sido ubicado otro de los deberes que también tiene su origen en derechos reconocidos a todos los ciudadanos en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución de 1978⁴⁹³. Dicha localización llama la atención en cuanto tiene, cada uno de los deberes, por sí mismos, entidad jurídica suficiente para haber sido tratados independientemente uno del otro, precisamente, por afectar a derechos catalogados como fundamentales.

En ese sentido, tengamos presente que estamos hablando de una sección, comprensiva de los artículos 15 a 29 de la Constitución, que contiene "los derechos fundamentales" y "las libertades públicas".

⁴⁹³ El contenido de la letra y precepto en donde han sido contemplados los deberes referidos es el siguiente: "Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos".

Derechos y libertades que, como conocemos, se encuentran, por un lado, especialmente protegidos por el propio texto constitucional mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2, Constitución⁴⁹⁴), y, por otro lado, mediante el principio de reserva legal y el mandato de respeto a su contenido esencial en la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades (art. 53.1, Constitución⁴⁹⁵).

En concreto, el enunciado del deber nos dice que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a:

"...no realizar discriminación alguna (de los usuarios de los servicios de salud) por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos" [art. 19, i), Ley 55/2003].

Al mismo tiempo que se establece este deber del personal estatutario respecto de los usuarios de los Servicios de Salud, contempla el artículo 17.1, k), el

⁴⁹⁴ El artículo 53.2 de la Constitución indica que *"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"*.

⁴⁹⁵ El artículo 53.1 de la Constitución indica que *"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)"*.

derecho de este personal a la "*...no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

Como puede observarse, la redacción dada al deber es, esencialmente, copia del artículo 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad formal de todos los españoles (salvo la alusión a la condición en la que los usuarios acceden a los centros e instituciones sanitarias).

En el ámbito de la legislación sectorial encontramos, también, alguna manifestación del ya referido valor y principio, como puede ser el hecho de que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, contemple, como principios y criterios de ordenación del régimen estatutario, el principio de "*Sometimiento pleno a la Ley y el derecho*" [art. 4,a)] y los principios de "*Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario*" [art. 4, b)].

4.2.- Personal funcionario.

El deber que contemplamos no se encontraba establecido como tal en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (derogada en lo que aquí nos afecta, esto es, los artículos dedicados a los deberes del personal funcionario, números 76 a 80), ni en el resto de disposiciones que conformaban el régimen jurídico funcional, ya que ni fue introducido en su origen ni, posteriormente, por adición o modificación. Actuación que se echó en falta, particularmente por la relevancia y trascendencia jurídica del mismo.

Ahora bien, desde 1986 (año en el que se dictó el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), sí es cierto que, de forma indirecta, la conducta que atente contra el valor o principio de igualdad, se encuentra tipificada y calificada, como infracción de carácter muy grave, en los términos siguientes: *"Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* [art. 6, b)].

4.3.- Personal laboral.

En el ámbito o régimen jurídico laboral el deber que aquí nos ocupa (no discriminación) presenta una doble proyección:

1) En el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Los Trabajadores, no se encuentra reconocido de forma directa ni indirecta. Por el contrario, sí encontramos manifestaciones del mismo a lo largo del articulado. A saber:

a) *"Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco*

con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación" (art. 17.1⁴⁹⁶).

b) Respecto de las agencias de colocación, se establece que "...deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate" art. 16.2).

c) Establece la igualdad de remuneración por razón de sexo, indicando que "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o

⁴⁹⁶ El resto del artículo 17 se expresa como sigue: "2. Podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido".

extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella" (art. 28).

d) El artículo 54.4 nos dice que *"Cuando (...) la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio" (art. 53.4).*

e) Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5).

2) En el VI Convenio Colectivo para el Personal de la Administración de la Junta de Andalucía, también encontramos manifestaciones del principio de igualdad o de no discriminación, como pueden ser las siguientes:

a) El artículo 6, que trata de la igualdad de oportunidades y no discriminación, y nos dice que

"Las partes firmantes del presente Convenio se obligan a:

-Promover el principio de igualdad de oportunidades.

-Eliminar cualquier disposición, medida o práctica laboral que suponga un trato discriminatorio por razón de nacimiento, sexo, etnia, orientación sexual, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como cualquier obstáculo que impida el

derecho a acceder y desempeñar en condiciones de igualdad las funciones y puestos de trabajo públicos.

-Desarrollar lo dispuesto en la legislación vigente sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras".

b) El art. 10.2, e), que establece la Subcomisión para la Igualdad en cada Consejería con "*Facultades de vigilancia de la aplicación y cumplimiento de lo pactado*".

c) El artículo 16.1, que nos habla de la selección del personal: "*La selección del personal se efectuará anualmente mediante procedimientos que garanticen el derecho a la igualdad, de acuerdo con los principios de mérito, capacidad y publicidad*".

5.- Interrelaciones normativas.

La temática planteada en el presente deber no ha quedado, por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, reducida a las disposiciones referidas en el apartado 3 anterior, sino que la actividad desarrollada puede resumirse, *ad exemplum*, en lo sigue:

- Implantación de la obligatoriedad del informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno.

- Enfoque de género en los presupuestos de la Comunidad Autónoma, según han establecido los artículos 139 y 140 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre⁴⁹⁷, de Medidas Fiscales y Administrativas.

⁴⁹⁷ Referencia LAN 2003\ 650 y LAN 2004\ 203, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

- Ley 6/2006, de 24 de octubre⁴⁹⁸, que en su artículo 18.3 establece la representación equilibrada en las designaciones de las personas integrantes del Consejo de Gobierno.

Pero no sólo en el ámbito autonómico se ha realizado una determinada actividad legislativa, sino que la problemática se viene planteando, desde hace tiempo, en niveles institucionales internacionales: Así, podemos recoger, sin ánimo exhaustivo, las siguientes referencias:

- En el marco de la Organización de las Naciones Unidas: Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1967; Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979⁴⁹⁹; creación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que tiene como función vigilar la aplicación de la Convención por los Estados que la han suscrito (entre ellos, España); conferencias mundiales sobre la mujer (cuatro) celebradas: en México en el año 1975 (la primera) y las posteriores en Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Pekín (1995).

- En el ámbito de la Unión Europea: Tratado de Amsterdam, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam el 16 y 17 de junio de 1997, en sus modificaciones al Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea, que incluye en su artículo 2 una referencia específica a la igualdad entre el hombre y la mujer como misión de la

⁴⁹⁸ Referencia LAN 2006\ 504, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁴⁹⁹ En la Convención se declara que la discriminación contra las mujeres vulnera los principios de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana, dificultando la plena participación de las mujeres en la vida política, social, económica y cultural.

Comunidad. Así mismo, el artículo 3.2 incorpora el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, que deberá inspirar todas las acciones y políticas comunitarias.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 y 21) establecen tanto el principio de igualdad ante la ley como la prohibición de discriminación. Además, la Carta contiene un artículo específico, el 23, dedicado a la igualdad entre mujeres y hombres y a las acciones positivas como medidas compatibles con la igualdad de trato. Asimismo, se han aprobado normas comunitarias específicas, como Pueden ser: la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002⁵⁰⁰, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; así como la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004⁵⁰¹, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006⁵⁰², relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁵⁰⁰ Referencia LCEur 2002\ 2562, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵⁰¹ Referencia LCEur 2004\ 3568, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵⁰² Referencia LCEur 2006\ 1696, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

6.- Incumplimiento del deber.

6.1.- Ámbito disciplinario.

En los regímenes disciplinarios aplicables al personal que nos ocupa, encontramos conductas tipo que conllevan, para el empleado público que incurra en las mismas, la más agravada calificación jurídica. Y ello era y es coincidente para las tres clases de personal. Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 7/2007, ha quedado reforzada esa coincidencia por cuanto dicha norma jurídica prevé, así mismo, un tipo específico (referido al presente deber) con la calificación jurídica de muy grave, como tendremos oportunidad de comprobar.

Si algún comentario podría hacerse al respecto, no sería otro que el de la consideración coincidente por el legislador y, en su caso, las partes firmantes de la norma convencional (Convenio Colectivo), de la gravedad que supone una conducta que atente contra el principio de no discriminación o de igualdad.

6.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto del Empleado Público.

El artículo 95.2, letra b), contempla, con la calificación jurídica de falta de carácter muy grave, el tipo en el que puede subsumirse la conducta trasgresora del deber, definido como

"Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua,

opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”.

Como puede observarse, el transcrito tipo es más amplio que el deber previsto en el artículo 53.4, incoherencia que, teniendo en cuenta que estamos ante la misma norma jurídica, no es de recibo. Sin embargo, ello no tiene más trascendencia que el comentario producido (recuérdese lo expuesto sobre deberes directos e indirectos), ya que los efectos coactivos específicos los produce, precisamente, el supuesto de hecho que nos ocupa.

Puede hacerse un nuevo comentario, cual es el hecho de que la redacción del número 4, del artículo 53, es mucho más amplia de lo que, en un principio, pudiera sugerir una lectura rápida. Veamos, se habla de respeto de los derechos fundamentales y entre éstos, cierto es, se encuentra la prohibición de discriminar o derecho de igualdad, pero, así mismo, cuantos otros derechos la Constitución considera como tales, es decir, los reconocidos en los artículos 14 y 15 a 29, ambos inclusive, incluida la objeción de conciencia del artículo 30.

6.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

6.1.2.1.- Personal estatutario.

El tipo previsto en la Ley 55/2003 se encuentra recogido, como infracción muy grave, en el artículo 72.2, b), con el siguiente tenor:

"Toda actuación que suponga discriminación por razones ideológicas, morales, políticas, sindicales, de raza, lengua, género, religión o circunstancias económicas, personales o sociales, tanto del personal como de los usuarios, o por la condición en virtud de la cual éstos accedan a los servicios de las instituciones o centros sanitarios".

6.1.2.2.- Personal funcionario.

Para este tipo de personal es el artículo 6, b) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, el que contempla como infracción muy grave *"Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*.

Ahora bien, en cuanto el Estatuto Básico del Empleado Público contempla como falta muy grave el incumplimiento del deber, hemos de entender que el tipo previsto por el citado Reglamento es sustituido por aquél.

6.1.2.3.- Personal laboral.

Como ya ha sido visto, es en el VI Convenio Colectivo en donde se encuentra tipificada la conducta trasgresora del deber, calificándola de muy grave en su artículo 43.1. A saber:

"Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

En el caso del personal laboral el tipo transcrito no quedaría afectado, por cuanto el artículo 95.2, letra p), prevé que pueden ser faltas muy graves las que sean tipificadas como tales por los convenios colectivos. Ello con independencia de lo dispuesto en la instrucción 13, párrafo segundo, de la Resolución, de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública.

6.2.-Ámbito penal.

Como ya conocemos, la legislación penal no distingue entre el personal que presta servicios en las Administraciones Públicas. Su artículo 24 es comprensivo de todo aquel que participe en el ejercicio de funciones públicas.

Expuesto lo anterior, cabe señalar que el Código penal de 1995 contempla -en lo que nos afecta⁵⁰³-, relacionado con la discriminación, los siguientes delitos:

a) El artículo 314 contiene el delito de discriminación laboral bajo el siguiente supuesto de hecho:

"Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de

⁵⁰³ El Código penal se refiere a la igualdad o discriminación en otros preceptos en supuestos de hecho que no afectan a las cuestiones que tratamos.

alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses".

b) El artículo 512 prevé el delito de denegación de prestación profesional, en los términos siguientes:

"Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años".

c) Finalmente, hay que reseñar que el citado Código penal prevé la agravante por discriminación cuando se cometa el delito por

"...motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca" (art. 22.4^a).

VII. DEBER DE RESPETAR EL RESTO DE LOS DERECHOS DEL USUARIO

1.- Introducción.

En primer lugar, conviene aclarar que el presente deber ha sido "sustraído" de la relación de deberes contemplada en el artículo 19, letra i), de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Ello puede conllevar la ausencia de generalidad, debido a su especificidad.

Realizada la anterior observación, nos centramos en la esencia del deber iniciando nuestro análisis con una sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1985⁵⁰⁴, que establecía algo tan elemental, pero con tanta trascendencia jurídica, como lo que sigue: *"...las obligaciones impuestas por las leyes han de ser exigidas mientras estén vigentes, y no se derogan más que por otra posterior..."*. Y es así como se pronuncia el título preliminar del Código civil en su artículo 2.2, *ab initio*: *"Las leyes sólo se derogan por otras posteriores"*.

Con lo expuesto se trata de recordar que, en general, el deber de respeto a los derechos de los demás ciudadanos -entre ellos, los usuarios de la sanidad pública-, ya se encontraba garantizado con anterioridad a la entrada en vigor tanto de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; por cuanto, la garantía referida

⁵⁰⁴ Referencia RJ 1985\2289, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

devenía de la propia Constitución a través del principio - con vocación universal- de supeditación al ordenamiento jurídico, previsto en el artículo 9.1 de la Constitución, al establecer que "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico*".

Pero es que no sólo contiene la Constitución el transcrito artículo 9.1 -que ya sería suficiente-, sino que encontramos otros preceptos y normas jurídicas que vienen a reiterar, de alguna manera, la esencia universalista del susodicho precepto. *Ad exemplum*:

- El artículo 10.1 de la Constitución, en donde (junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad), el respeto a la ley y a los derechos de los demás se convierte en fundamento del orden político y de la paz social.

- El artículo 103.1, en el que se establece algunos principios de actuación de la Administración Pública y, entre los mismos (eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación) se encuentra el principio de "*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*".

- Finalmente, no puede olvidarse el apotegma jurídico (*ignorantia iuris nocet*) positivizado por el artículo 6.1 del Código civil, al indicar éste que "*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*".

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Estatuto Básico que nos ocupa no contiene un deber específico que pudiera responder al enunciado. Ahora bien, tampoco podría afirmarse que es ajeno a su contenido, en cuanto contempla algunas prescripciones que responden al sentido más profundo del deber. A saber:

Ya, de entrada, el capítulo dedicado a los deberes - capítulo VI, del título III- recoge que los empleados públicos deberán *"...velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico"*.(art. 52).

Así mismo, dentro de los principios éticos que contempla el artículo 53, su número 1 establece que *"Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico"*.

A mayor abundamiento, no podemos dejar de referirnos a otro principio ético, el previsto en el número 4 del citado artículo 53, que impone al empleado público *"...el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas..."*.

Evidentemente, si el empleado público ha de observar y respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lo ha de hacer observando y respetando los derechos de los usuarios de los servicios públicos (entre ellos, los derechos fundamentales y libertades públicas), ya que en supuesto distinto ni observaría ni respetaría el

texto constitucional ni las demás normas jurídicas que conforman el susodicho ordenamiento jurídico.

No obstante, -ya ha sido y será expuesto algo al respecto- cuanto se manifieste en textos jurídicos que ya se encuentre previsto en la Constitución; es retórico, cuando menos, pero no trascendente o determinante para crear una situación jurídica ex novo.

3.- Regulación específica del personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, letra i), de la Ley 55/2003, después de referirse a dos distintos derechos de los usuarios de los Servicios de Salud (dignidad e intimidad personal y libre disposición en las decisiones que le conciernen), imponiendo el respeto de ambos derechos por el personal estatutario (convirtiéndose, consiguientemente, para este personal en deberes), contempla un tercer derecho-deber⁵⁰⁵ cuando señala que el susodicho personal viene obligado a:

"Respetar (...) el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables...".

3.2.- Personal funcionario.

Para que el personal funcionario respete los derechos de los usuarios de los Servicios de Salud y, por extensión de todos los ciudadanos, no es necesario que conste en tal sentido en la norma o normas jurídicas que regulan sus respectivas relaciones con el servicio público que prestan, sino que, como ya ha sido expuesto, el respeto a los derechos de los Administrados se encuentra garantizado por

⁵⁰⁵ No es el único deber restante, sino que su contenido recoge un cuarto deber.

el ordenamiento jurídico, esto es, por la Constitución y el resto de disposiciones jurídicas vigentes que lo conforman.

3.3.- Personal laboral.

No podría consignarse discurso distinto a lo predicado del personal funcionario porque nos encontramos en idéntica situación y le afecta las mismas disposiciones jurídicas de aplicación general. Tampoco puede aludirse al marco jurídico regulador de su relación de empleo en cuanto en el mismo no se establece el presente deber de forma expresa y específica.

4.- Interrelaciones jurídicas.

Estamos en presencia de un deber que se refiere al "*resto de los derechos del usuario*". El reto no es simple, ni fácil. Por ende, no tratamos de recoger, en la siguiente referencia, todos y cada uno de los mencionados derechos, sino que la cuestión planteada no es otra que la de reflejar los derechos que se encuentran recogidos, expresamente como tales, en las disposiciones jurídicas sectoriales con rango de Ley.

En tal sentido, podemos reflejar los siguientes derechos de los usuarios de los Servicios de Salud:

4.1.- Derechos generales que recoge la legislación estatal.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, impone a los poderes públicos el deber de informar a los usuarios del Sistema Sanitario Público de sus derechos (art. 9), recogién dose en el artículo 10 aquellos derechos que todos tienen atribuidos frente a las distintas

Administraciones Públicas⁵⁰⁶, los cuales vamos a relacionar seguidamente (en algún caso, a repetir):

1. 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, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso, será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

⁵⁰⁶ Los derechos que eran recogidos en los números 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10, fueron de rogados por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados⁵⁰⁷ .

⁵⁰⁷ La Ley 14/1986 no sólo contempla los derechos de los ciudadanos frente a las instituciones y organismos del Sistema Sanitario, sino que, a su vez, recoge, en su artículo 11, las obligaciones de éstos. Son las siguientes:

“1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios.

2. Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las Instituciones Sanitarias.

3. Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales”.

4.2.- Derechos recogidos en el ordenamiento jurídico andaluz.

4.2.1.- Derechos previstos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En primer lugar, es de necesidad reflejar aquellos derechos que contempla el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Así, su artículo 22.2 establece:

"1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:

a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.

b) La libre elección de médico y de centro sanitario.

c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten.

d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.

e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.

- f) *El consejo genético y la medicina predictiva.*
- g) *La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.*

- h) *Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos.*

- i) *El acceso a cuidados paliativos.*

- j) *La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico.*

- k) *Recibir asistencia geriátrica especializada.*

3. *Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.*

4. *Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores”.*

4.2.2.- Derechos establecidos en la Ley de Salud de Andalucía:

In primis, el reenvío a la Ley que hace el artículo 22.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, hay que entenderlo suplido por la vigente Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Interpretación que no es óbice para que el legislador andaluz modifique esta norma

formal si entiende que la misma no recoge en su catálogo de derechos de los ciudadanos el espíritu y letra del indicado Estatuto de autonomía. Matizado ello, ha de aflorar, seguidamente, que el artículo 6.1 de la citada Ley (ubicado en su capítulo I -denominado "*Derechos de los ciudadanos*"-, del título II), contempla los derechos que éstos tienen respecto de los servicios sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. A saber:

4.2.2.1.- Derechos generales.

a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente.

b) Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razón alguna.

c) A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.

d) A la información sobre los servicios y prestaciones sanitarios a que pueden acceder y, sobre los requisitos necesarios para su uso.

e) A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos.

f) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario.

g) A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y tratamiento que se les apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud.

En todo caso, será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

h) 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.

i) A que se les extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando así lo soliciten.

j) A que quede constancia por escrito o en soporte técnico adecuado de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución sanitaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe de alta.

k) Al acceso a su historial clínico.

l) A la libre elección de médico, otros profesionales sanitarios, servicio y centro sanitario en los términos que reglamentariamente estén establecidos.

m) A que se les garantice, en el ámbito territorial de Andalucía, que tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, en los términos y plazos que reglamentariamente se determinen.

n) A que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

ñ) A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense. A tal efecto será preciso el previo consentimiento escrito del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

2. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada.

3. Cuando no estando capacitado para tomar decisiones y no haya emitido declaración de voluntad vital anticipada, el derecho corresponderá a sus familiares, representantes legales o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial.

4. Cuando exista peligro inminente de lesión grave irreversible o de fallecimiento que exija

una actuación urgente, salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa⁵⁰⁸.

o) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos en que reglamentariamente esté establecido.

El presente derecho se encuentra desarrollado por Decreto 127/2003, de 13 de mayo,⁵⁰⁹ por el que se establece el ejercicio de derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

p) A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el epígrafe ñ) 1º de este artículo y previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 6, de esta Ley.

q) A la participación en los servicios y actividades sanitarios, a través de los cauces previstos en esta Ley y en cuantas disposiciones la desarrollen.

r) A la utilización de las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias, así como a recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente estén establecidos.

s) A disponer, en todos los centros y establecimientos sanitarios, de una carta de derechos

⁵⁰⁸ Apartado ñ) modificado por disposición adicional única de Ley 5/2003, de 9 octubre (referencia LAN 2003\537, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

⁵⁰⁹ Referencia LAN 2003\278, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

y deberes por los que ha de regirse su relación con los mismos".

4.2.2.2.- Derechos específicos para determinados grupos.

Recordando aquí lo expuesto por el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, diremos que, además, de ello, y de los derechos generales anteriormente reseñados, el número 2 del indicado artículo 6 de la Ley de Salud de Andalucía, se refiere, si bien sin concretar, a determinados grupos, señalando que

"Los niños, los ancianos, los enfermos mentales, las personas que padecen enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes".

a) Respecto de los niños:

La Ley de Salud de Andalucía, en su artículo 6.3, se refiere específicamente a los niños indicando que, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica del Estado,

"...disfrutarán de todos los derechos generales contemplados en la presente Ley y de los derechos específicos contemplados en el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor".

Los derechos de los menores, en materia de salud, se encuentran establecidos en el artículo 10 de la reseñada

Ley y no en el artículo 9 como, por error, señala la susodicha Ley de Salud de Andalucía. Así, aquél precepto nos dice que

"1. Las Administraciones Públicas de Andalucía fomentarán que los menores reciban una adecuada educación para la salud, promoviendo en ellos hábitos y comportamientos que generen una óptima calidad de vida.

2. La Administración sanitaria andaluza garantizará una especial atención a los menores, para lo que se regulará la provisión de los recursos humanos y técnicos necesarios y se establecerán, en las instalaciones sanitarias, espacios con una ubicación y conformación adecuadas. A este fin, se adaptará progresivamente la edad de atención pediátrica.

3. Los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta.

Los padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales.

Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño.

4. Los menores tienen derecho a estar acompañados por sus padres, tutores, guardadores u otros familiares, durante su atención en los servicios de salud, tanto especializados como de atención primaria.

La Administración de la Junta de Andalucía, a través de los organismos competentes, regulará la accesibilidad de padres, tutores, guardadores y familiares, estableciendo las normas de acreditación y los controles necesarios que garanticen este derecho.

5. Los menores de las poblaciones de riesgo socio-sanitario recibirán una atención preferente acorde con sus necesidades.

6. Los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.

7. En los centros sanitarios, tanto de Atención Primaria como Especializada, sobre todo en estos últimos, y máxime cuando sea necesario el internamiento del menor, se posibilitará la existencia de espacios adaptados a la infancia, donde se permita el derecho al juego y se impida la desconexión con la vida escolar y familiar de los mismos.

8. Los menores tendrán derecho a proseguir su formación escolar durante su permanencia en el hospital, beneficiándose de los recursos humanos y materiales que las autoridades escolares pongan a su disposición, en particular en el caso de una enfermedad prolongada, con la condición de que dicha actividad no cause perjuicio a su bienestar o no obstaculice los tratamientos que se sigan.

9. Los menores tendrán derecho a recibir los cuidados que necesiten en el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y sus progenitores, siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso se atenderán a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente".

A nivel del Derecho internacional, la ya referida "Convención sobre los Derechos del Niño"⁵¹⁰ contempla en su artículo 24 que

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a

⁵¹⁰ Como ya se dijo: adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 20 de noviembre de 1989 y firmada por España, el 26 de enero de 1990, en Nueva Cork.

servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la

educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

b) Respecto de los enfermos mentales:

Otro de los grupos contemplados por la Ley de forma específica es el formado por los enfermos mentales, cuyo artículo 6.4 determina que éstos, sin perjuicio de los derechos señalados en los apartados anteriores del indicado precepto y de conformidad con lo previsto en el Código Civil, tendrán los siguientes derechos:

"a) A que por el centro se solicite la correspondiente autorización judicial en los supuestos de ingresos involuntarios sin autorización judicial previa, y cuando, habiéndose producido voluntariamente el ingreso, desapareciera la plenitud de facultades del paciente durante el internamiento.

b) A que por el centro se reexamine, al menos trimestralmente, la necesidad del internamiento forzoso. De dicho examen periódico se informará a la autoridad judicial correspondiente”.

4.2.2.3.- Derechos que pueden ejercerse en centros sanitarios privados.

Si con anterioridad se ha indicado que los derechos se atribuían a los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ahora toca señalar que la Ley de Salud de Andalucía se pronuncia, en el número 5 de su artículo 6, sobre los derechos que pueden ser ejercidos en los servicios sanitarios privados. Así se explicita:

“Sin perjuicio de la libertad de empresa y respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en el apartado 1, epígrafes b), d), e), f), g), h), i), j), k), n), ñ), o), p), q), r), s), y en los apartados 3 y 4 del presente artículo, rigen también en los servicios sanitarios de carácter privado y son plenamente ejercitables”.

4.2.2.4.- Derecho al disfrute de un medio ambiente favorable a la salud.

El artículo 7 de la Ley de Salud de Andalucía nos habla del derecho de los ciudadanos al “disfrute de un medio ambiente favorable a la salud”. Su contenido es el siguiente:

"Los ciudadanos al amparo de esta Ley tendrán derecho al disfrute de un medio ambiente favorable a la salud. Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para ello de conformidad con la normativa vigente.

El medio ambiente es contemplado por el texto constitucional en su artículo 45, estableciendo, en su número 1, un derecho y un deber para todos: *"... derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo"*.

También dirige el indicado precepto un mandato a los poderes públicos: *"...velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"* (número 2).

Finalmente, su número 3 prevé el establecimiento de sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, para *"...quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije..."*.

4.2.2.5.- Obligaciones públicas en orden a los derechos.

Si bien hasta ahora han sido expuestos los derechos de los ciudadanos que, como tales, son recogidos por la Ley de Salud de Andalucía, esta disposición formal no se queda ahí, sino que refuerza el reconocimiento y ejercicio de los mismos con las obligaciones públicas siguientes:

a) Garantizar a los ciudadanos, por la Administración de la Junta de Andalucía, *"información suficiente, adecuada y comprensible sobre sus derechos y deberes respecto a los servicios sanitarios en Andalucía, y sobre los servicios y prestaciones sanitarias disponibles en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, su organización, procedimientos de acceso, uso y disfrute, y demás datos de utilidad"* (art. 9.1).

b) Garantizar a los ciudadanos, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, *"el pleno ejercicio del régimen de derechos y obligaciones recogidos en esta Ley, para lo que establecerá reglamentariamente el alcance y contenido específico de las condiciones de las mismas"* (art. 9.2).

Como desarrollo de este artículo y número, fue aprobado el Decreto 96/2004, de 9 de marzo⁵¹¹, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

c) Exigiendo del personal sanitario y no sanitario de los centros y servicios sanitarios públicos y privados implicados en los procesos asistenciales a los pacientes, que no sean revelados datos del proceso de los ciudadanos, excepción hecha de la información necesaria en los casos y con los requisitos previstos expresamente en la legislación vigente (art.9.3).

d) Disponer y, en su caso, tener permanentemente a disposición de los usuarios, por parte de los centros y establecimientos sanitarios, públicos y privados: 1.

⁵¹¹ Referencia LAN 2004\211, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Información accesible, suficiente y comprensible sobre los derechos y deberes de los usuarios. 2. Formularios de sugerencias y reclamaciones. 3. Personal y locales bien identificados para la atención de la información, reclamaciones y sugerencias del público.

5.- Incumplimiento del deber.

En este deber no es posible concretar un determinado incumplimiento o, dicho de otra forma, no podemos señalar, *prima facie*, tipo alguno específico del cual se pudiera predicar que sanciona el incumplimiento del deber. Es más, tampoco podría afirmarse, en principio, si los correspondientes regímenes disciplinarios tienen previstos o no supuestos de hecho que pudieran corresponderse con el incumplimiento del deber, ya que, atendiendo al derecho que se trasgreda, podrá responderse en un sentido u otro.

Si el supuesto de incumplimiento del deber se mira desde la perspectiva de los tipos genéricos o no específicos, la cuestión reaparece de forma distinta, en cuanto encontramos la posibilidad de subsumir la conducta trasgresora del deber en aquellos tipos que, de forma general o inespecífica, tipifican el incumplimiento de los deberes, siendo así que el respeto de los derechos de los demás ha sido convertido por la Ley 55/2003 en tipo ilícito de su régimen disciplinario, del régimen disciplinario del personal estatutario. Régimen que sólo será aplicable al personal funcionario y personal laboral que preste servicios en los centros sanitarios públicos, si la previsión contemplada en el artículo 2.3 de la indicada Ley llega a materializarse, esto es, se aplicaría la susodicha Ley cuando ésta no se opusiera a su normativa específica y, además, siempre que así sea establecido por las

disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral.

5.1.- Ámbito disciplinario.

Atendiendo a cuanto ha sido expuesto, pasamos directamente a contemplar el régimen disciplinario del siguiente personal.

5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Si bien podría aplicarse algún tipo de los contemplados por el Estatuto Básico (partiendo de que éste no contiene supuesto de hecho específico que se corresponda con el deber), con ello se estaría forzando la técnica jurídica (estamos en presencia de un Derecho, el sancionador, en el que, con matices, se aplican los principios del Derecho penal), hasta límites que no son de recibo en esta disciplina, ya que se tendría que subsumir la conducta en los supuestos de hecho que tipifican la falta de respeto a la Constitución o al ordenamiento jurídico, lo que nos llevaría al absurdo de que con un tipo tal cual podría sancionarse toda conducta que no se ajustara al mismo ordenamiento jurídico.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

La Ley 55/2003 contempla las infracciones y tipos que seguidamente se exponen:

a) Infracción muy grave: En el artículo 72.2,f) de la Ley 55/2003 se repite el tipo calificado como infracción de carácter grave, si bien añadiéndole el plus de la notoriedad del incumplimiento. A saber:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: La Ley que nos ocupa, en su artículo 72.3, c), contempla el tipo ilícito al que puede conducir una actuación contraria al presente deber:

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

Se continúa calificando por defecto, como podemos observar.

c) Infracción leve: Según el artículo 72.4, f) de la indicada Ley, se considera infracción de este carácter la actuación del personal estatutario que conlleve

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

Nuevamente se comenta que se llega a la presente calificación jurídica por defecto.

5.1.2.2.- Personal funcionario y personal laboral.

Partiendo de la inexistencia de la aplicación del supuesto previsto en el artículo 2.3 de la Ley 55/2003, se

ha de señalar que no se contempla tipo alguno para este tipo de personal; remitiéndonos, en lo demás, a lo ya expresado en el epígrafe -apartado 5.1.1- dedicado a la regulación prevista en la Ley 7/2007.

5.2.- Ámbito penal.

El ámbito penal ante este deber queda como la norma en blanco, esto es, sin concreción alguna, según lo ya manifestado. Habría que estar al derecho no respetado para poder determinar si la actuación es acreedora o no de responsabilidad penal.

VIII. DEBER DE UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS
MATERIALES EN BENEFICIO DEL PACIENTE
CON CRITERIOS DE EFICIENCIA

1.- Introducción.

La primera cuestión a exponer es la que se desprende del propio enunciado del deber, esto es, que va específicamente dirigido a un sector o colectivo de personas muy concreto: empleados públicos que realizan su trabajo en centros sanitarios sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 55/2003.

Evidentemente, por segunda vez hemos de indicar que el presente deber ha salido de la relación de deberes establecida en la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

Dicho cuanto antecede, nos iniciamos en el análisis del deber con el principio general establecido en el artículo 3.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *"...la actuación -indica el precepto consignado- de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que se establecen en las leyes y el resto del ordenamiento jurídico"*.

Vemos como se plasma, con carácter general, la finalidad de la actuación pública. Pues bien, el presente deber se encuentra directamente relacionado con el principio reflejado anteriormente, ya que nos está indicando el objetivo o finalidad al que se han de dirigir

los recursos materiales con los que cuenta los Servicios de Salud, que no es otro que el beneficio del paciente⁵¹².

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ya ha sido dicho que el origen del deber es sectorial (Ley 55/2003). Ahora bien, ello no quita para que constatemos la presencia, en esta disposición común al conjunto de funcionarios de todas las Administraciones Públicas, del principio de eficiencia.

En este sentido, debemos reseñar el artículo 53.8 del Estatuto Básico que nos ocupa, que establece, como deber ético, que los empleados públicos

*"Actuarán de acuerdo con los principios de (...) eficiencia..."*⁵¹³.

Por ende, estamos en presencia de un principio común para todos los empleados públicos, exigible en su actuación pública. Principio que la Ley 7/2007 refiere en diversas ocasiones, como es el caso del:

- artículo 69.1 (*"La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo*

⁵¹² Manteniendo como objetivo el beneficio del paciente pero con otra proyección distinta, el artículo 53 del Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 5 de julio de 1971 (aún en vigor por virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 6ª de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre), establece, en su artículo 53, que las obligaciones generales del indicado personal se refieren fundamentalmente a los siguientes aspectos: *"1. Higiene personal y el cuidado físico del paciente".- (...)- 3. Mantener en buenas condiciones el medio inmediato del paciente".- 4. Proporcionar tranquilidad mental y paz espiritual al paciente.- 5. Cuanto se relacione complementariamente con la rehabilitación del enfermo."*

⁵¹³ El contenido completo del artículo 53.8 es el siguiente: *"Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización"*.

contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad);

- artículo 13.3 (*"El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados"*).

Otras referencias al principio se encuentran en la exposición de motivos de la propia Ley⁵¹⁴.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, K de la Ley 55/2003, impone al personal estatutario de los Servicios de Salud la obligación de que proceda siempre y, en todo caso, a

"Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia⁵¹⁵,...⁵¹⁶".

⁵¹⁴ Ejemplo de ello son las siguientes menciones efectuadas en la exposición de motivos de la Ley: a) Cuando, refiriéndose al servicio público, señala que se *"asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica «cultura» de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer"*.

b) Cuando habla de *"las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a cada empleado público"* y dice que *"han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio"*.

c) Por último, cuando, refiriéndose a la gestión de personal, señala que *"podrá ganar en eficiencia y equidad, lo que ha de traducirse tarde o temprano en una mejora de los servicios"*.

Por ende, son dos los elementos esenciales que se anudan a los recursos materiales de los que se disponen: el beneficio del paciente -sobre lo que ya se ha hablado- y la eficiencia; es decir, no es suficiente con utilizar los indicados recursos para conseguir el meritado objetivo, sino que, a su vez, se han de orientar las actuaciones por el principio o criterio de eficiencia (igual resultado con menor costo). Principio que, a mayor abundamiento, no es extraño en el ámbito de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos.

Ejemplo de lo expuesto puede ser la Ley 11/2007, de 22 de junio, cuya exposición de motivos (párrafo tercero) nos ilustra señalando que *"El mejor servicio al ciudadano constituye la razón de las reformas que tras la aprobación de la Constitución se han ido realizando en España para configurar una Administración moderna que haga del principio de eficacia y eficiencia su eje vertebrador siempre con la mirada puesta en los ciudadanos. Este servicio constituye también la principal razón de ser de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que trata, además, de estar a la altura de la época actual"*.

Por otro lado, como veremos en el epígrafe *"Incumplimiento del deber"*, el régimen disciplinario de aplicación tipifica la negligencia del personal en la utilización de los medios disponibles; lo cual impone, indirectamente, como deber la normal utilización de los

⁵¹⁵ El término eficiencia (del latín *efficientia*) viene a señalar la *"Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado"* (diccionario de la Real Academia Española).

⁵¹⁶ El precepto continúa señalando que también el personal estatutario ha de *"...evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas"*; inciso este que da lugar a un nuevo deber que es examinado aparte.

medios disponibles; siendo ésta la que se dirija, evidentemente, al beneficio del paciente.

3.2.- Personal funcionario y laboral.

En el ámbito de la Administración General, ya sea autonómica o estatal, no se recoge el presente deber (ni directa ni indirectamente) para el personal que forma parte de la misma con régimen jurídico de carácter funcionarial o laboral.

No obstante, hemos de tener presente, por un lado, que siempre y cuando se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 2.3 de la citada Ley 55/2003, es de aplicación ésta al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral. Por otro lado, que lo indicado en el apartado 2 inmediato anterior es de aplicación, así mismo, al personal funcionario y al personal laboral, sea o no sanitario.

4.- Interrelaciones normativas.

La Resolución de 27 de septiembre de 2004⁵¹⁷, por la que se establece el manual de comportamiento de los empleados públicos en el uso de los sistemas informáticos y redes de comunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía, señala, en su exposición de motivos, que el uso de los recursos informáticos, puestos a disposición del personal que presta servicios en la Administración de la Junta de Andalucía, ha de ser "*enfocado al desempeño de su actividad laboral*", con la finalidad de que se obtenga "*un uso más eficiente de (las nuevas tecnologías) en el*

⁵¹⁷ Aprobada por la Secretaría General para la Administración Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública, fue publicada en el BOJA número 200, de 13 de octubre de 2004.

desarrollo de sus tareas", lo que, evidentemente, repercutirá positivamente en los servicios prestados al ciudadano, además de prevenir las prácticas abusivas que se pudieran producir de los medios informáticos públicos por su utilización particular.

No son sólo los objetivos indicados los que trata de conseguir el manual cuyas instrucciones se aprueban con la norma jurídica que nos ocupa, sino que, continuando con la exposición de motivos en lo que aquí nos afecta, diremos que considera, también como fin, el *"garantizar la legalidad, eficacia y eficiencia de la utilización de los sistemas de información"*.

En el indicado orden de cosas, no podemos obviar referirnos a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de carácter básico la mayoría de sus preceptos (en los términos previstos en su disposición final primera), en cuya exposición de motivos se indica que *"la Administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica regida por el principio de eficacia que proclama el artículo 103 de nuestra Constitución"*.

La referida Resolución, norma que forma parte del ordenamiento jurídico, -recuérdese su publicación en periódico oficial-, es de aplicación *"a todos los usuarios⁵¹⁸, cualquiera que sea el nivel o función que ejerzan"* y *"para todo uso de los sistemas de información y redes de comunicación de la Administración de la Junta de*

⁵¹⁸ Usuario *"Será toda persona física que tenga autorizado el acceso a los sistemas de información o redes de comunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía"* (art. 2.3, de la Resolución).

Andalucía" (art. 3); entendiéndose por ésta "Todos los servicios dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos. Asimismo, se consideran incluidas las empresas y otras entidades contempladas en los artículos 6 y 6 bis de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuando utilicen sistemas de información y/o redes de comunicación propiedad o bajo supervisión de la Administración de la Junta de Andalucía, como quedan definidas en este punto".

De la susodicha Resolución vamos a detenernos en lo que pudiera incumbir al deber que nos ocupa. En este sentido, se ha de reflejar las siguientes prescripciones contenidas en la misma:

- Los usuarios deben hacer uso exclusivamente de las aplicaciones informáticas o versiones de software instalados en sus equipos por la Administración de la Junta de Andalucía. Además, están obligados a seguir las instrucciones o normas que la misma establezca para su empleo. En todo caso, la utilización de las aplicaciones informáticas tiene una finalidad profesional, es decir, destinadas a satisfacer las obligaciones laborales y con el propósito para el que fueron diseñadas e implantadas, por lo que no son idóneas para un uso personal o privado (art. 5.1).

- Las aplicaciones informáticas están protegidas por la propiedad intelectual, por lo tanto, queda terminantemente prohibido el uso, reproducción, modificación, transformación, cesión o comunicación sin la debida autorización, con finalidad externa a la propia de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 5.6).

- El conocimiento por los usuarios de la información reseñada en el punto 6.1, no confiere derecho alguno en cuanto a posesión, titularidad o derecho de copia de la misma, por lo que su uso debe ser estrictamente oficial y profesional (art. 6.3).

- Los usuarios con acceso a información y datos deben usarlos únicamente para las operaciones para las que fueron generados e incorporados, sin destinarlos a otros fines o incurrir en actividades que puedan considerarse ilícitas o ilegales. Asimismo, sólo deben acceder a aquellos datos y recursos que precisen para el ejercicio de las funciones que les correspondan, y efectuar sólo los tratamientos que sean precisos para el cumplimiento de los fines del servicio al que estén adscritos. Para ello, se dispondrá de perfiles de acceso y una segmentación conveniente, tanto de los usuarios como de las necesidades de información (art. 6.4).

- Los usuarios están obligados a proteger la información y los datos a los que tienen acceso. Esta protección debe prevenir el empleo de operaciones que puedan producir una alteración indebida, inutilización o destrucción, robo o uso no autorizado, en definitiva, cualquier forma que pueda dañar los datos, aplicaciones informáticas y documentos electrónicos propios de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 6.5).

- Toda salida de información que contenga datos de carácter personal, sea en: soportes informáticos, correo electrónico, portátiles, etc., sólo podrá realizarse por personal autorizado formalmente por el responsable del fichero, siempre cumpliendo la normativa vigente que

garantiza los niveles de protección. Existirá un registro donde quede anotado las salidas y entradas de estos soportes (art. 6.11).

- Si un usuario finaliza su relación funcionarial o laboral, con la Administración de la Junta de Andalucía o se traslada de puesto de trabajo, deberá dejar sin perjudicar todas las aplicaciones informáticas, ficheros, información, datos y documentos electrónicos que haya utilizado en su actividad profesional (art. 6.13).

- Las conexiones a internet que se produzcan a través de la red corporativa tendrán una finalidad profesional. En este sentido, cada usuario autorizado empleará estas conexiones exclusivamente para el ejercicio de las tareas y actividades que corresponden a las funciones de su puesto de trabajo (art. 9.2).

- Las autorizaciones de acceso a internet se concederán acordes con las funciones del puesto que desempeñe el usuario, produciéndose una segmentación de perfiles que habilite las conexiones (art. 9.4).

- La Administración de la Junta de Andalucía regulará y controlará los accesos a internet. Se podrá proceder a monitorizar las direcciones de acceso y el tiempo de conexión de los usuarios a internet, así como la limitación de su uso en razón de las funciones que ejerza, por motivos de seguridad o rendimiento de la red (art. 9.5).

- El uso por los usuarios del correo electrónico habilitado por la Administración de la Junta de Andalucía es estrictamente profesional, es decir, para el ejercicio de

las funciones que corresponde al puesto de trabajo que desempeñe (art. 10.3).

Finalmente, conviene reseñar que todos los usuarios de los sistemas de información y redes de comunicaciones que sean propiedad o estén bajo la supervisión de la Administración de la Junta de Andalucía, se encuentran obligados al conocimiento y cumplimiento de las instrucciones contenidas en la Resolución de 27 de septiembre de 2004 (art. 15); previéndose que si son detectadas actuaciones irregulares, ilícitas o ilegales, la Junta de Andalucía procederá al ejercicio de las acciones pertinentes para la exigencia de las responsabilidades legales que correspondan (art. 14).

5.- Incumplimiento del deber.

El incumplimiento del deber que retiene nuestra atención podría dar lugar a incurrir en responsabilidad disciplinaria, resultando, *prima facie*, rechazable que pudiera incurrirse en otro tipo de responsabilidad, por cuanto, en el momento en el que pudiéramos representarnos el referido ámbito criminal, estaríamos ante un uso ilícito de los recursos, esto es, en el campo propio de otro deber, cual es el "*deber de evitar el uso ilegítimo de los recursos materiales en beneficio propio o de terceros*".

5.1.- Ámbito disciplinario.

5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En principio, hemos de negar la posibilidad de que alguno de los tipos previstos en la Ley (art. 95.2, que establece las faltas de carácter muy grave) pueda ser utilizado para subsumir una conducta trasgresora del deber. Ciertamente es que la Ley 7/2007, en el número 2, letra g) del indicado precepto, califica de muy grave "*El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas*"; y, si bien, no sería descartable este tipo, exigiría que las funciones esenciales del puesto de trabajo desempeñado o de las funciones encomendadas requirieran una actuación conforme al principio de eficiencia.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

En este ámbito, nos encontramos constreñidos a la específica tipificación que contempla el régimen disciplinario del personal estatutario. El personal funcionario y personal laboral no contiene, en su correspondiente régimen disciplinario, tipo alguno específico en el que se pueda subsumir la actuación que pudiera transgredir el presente deber. No puede manifestarse lo mismo si pensamos en un supuesto de hecho no específico, como tendremos ocasión de comprobar.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

Respecto de esta clase de personal, hayamos en el régimen disciplinario de aplicación -capítulo XII de la Ley

55/2003- dos supuestos de hecho que tienen correspondencia con el presente deber, a los que vamos a referirnos a continuación:

a) Infracción muy grave: La letra r), del número 2, del artículo 72 de la Ley 55/2003, texto legal que contiene el régimen disciplinario de aplicación al personal que nos ocupa, contempla como infracción de tal carácter

“La utilización de los locales, instalaciones o equipamiento de las instituciones, centros o Servicios de Salud para la realización de actividades o funciones ajenas a dichos servicios”.

Este tipo presenta un determinado grado de ambivalencia o interpretación distinta en lo relativo a su aplicación, en cuanto podría subsumirse en el mismo hechos trasgresores de los deberes contemplados en la letra k) del artículo 19 de la Ley 55/2003; motivo por el que ha sido tenido en cuenta en el presente deber y en el, ya referido, deber de evitar el uso ilegítimo de los recursos materiales en beneficio propio o de terceros.

La contemplación por la Ley 55/2003 de este tipo de ilícito no es fruto del tiempo en el que la norma ha sido dictada ni cualquier otra circunstancia del momento, sino fruto de la práctica negativa, al uso, llevada a cabo por algunos profesionales, si bien totalmente minoritarios.

b) Infracción grave: Como ha sido anteriormente indicado, con la presente calificación jurídica recoge la letra m), número 3, del artículo 72, *ab initio*, el supuesto de hecho que reprime la conducta consistente en

"La negligencia en la utilización de los medios disponibles...".

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Nos remitimos a lo expuesto con anterioridad. La posible explicación de ello puede encontrarse en que este tipo de personal no ha tenido ni tiene utilidad ni facilidad en el uso privado de las instalaciones y recursos materiales que utiliza en su función pública. No obstante, no se podría manifestar lo mismo en cuanto al uso que pudiera hacerse de los ordenadores personales (información, Internet, correo electrónico, etc.).

Consecuentemente, el supuesto de hecho genérico que pudiera ser aplicable es el contemplado, como falta de carácter leve, en el artículo 8.e) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de marzo, definido como

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

Es evidente que a la dificultad de subsumir el hecho en el tipo, se le añade la complejidad de la calificación cuando no esté clara su consideración como infracción leve.

No obstante lo expuesto, hemos de tener presente lo siguiente: 1) En el caso de que se cumplieran los presupuestos del artículo 2.3 de la Ley 55/2003, sería de aplicación dicha Ley. 2) Es de aplicación, así mismo, lo indicado en el apartado 5.1.1 del presente deber.

5.1.2.3.- Personal laboral.

Para este tipo de personal es válido lo expuesto para el personal funcionario. A ello nos remitimos y pasamos al examen de los supuestos de hecho inespecíficos o generales y a su calificación jurídica:

a) Infracción grave: El artículo 5,a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Los Trabajadores contempla, como deber básico,

"Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia".

Por su parte, el IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía sitúa, según su artículo 44.5, como infracción grave el

"(...) incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), (...) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

Consecuentemente, en virtud de la remisión que hace el Convenio Colectivo, podríamos llegar a la conclusión de que la conducta que atentara contra el deber que nos ocupa, sería acreedora de responsabilidad disciplinaria.

c) Infracción leve: Finalmente, la conducta trasgresora del presente deber tendría posibilidad de ser subsumible en el tipo previsto en el artículo 45.6 del Convenio Colectivo, definido como

"El descuido y negligencia en la conservación de los locales, material y documentación de los servicios".

5.2.- Ámbito penal.

No cabe pensar en trascendencia penal cuando nos planteamos la conducta que fuese acreedora de responsabilidad disciplinaria. En su caso, el resultado de una conducta de tal tipo podría incurrir -no se descarta ello- en responsabilidad criminal, si bien se podría llegar a esa deducción atendiendo únicamente al caso concreto.

**IX. DEBER DE EVITAR EL USO ILEGÍTIMO DE
LOS RECURSOS MATERIALES EN BENEFICIO
PROPIO O DE TERCEROS**

1.- Introducción.

La formulación del presente deber se lleva a cabo junto a otro, ambos previstos en la letra k) del artículo 19 de la Ley 55/2003, si bien, desde el punto de vista jurídico, nada tiene que ver uno con el otro a pesar de que, *prima facie*, pudiera parecer lo contrario. Distinto es que, desde la funcionalidad del centro o servicio y la atención sanitaria que se presta al ciudadano, tengan ambos deberes una cierta o posible correlación. Estamos hablando, y ya se adelanta, de la manifestación de la indicada letra y precepto siguiente: "*Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas*"

Esta "supervivencia ligada" de los dos deberes (en un caso: "*Utilizar...*". Y en otro caso -segundo deber: "*evitar...*") determina que, desde la técnica jurídico-legislativa, haya que reprochar que dos supuestos de hecho distintos hayan sido contemplados unidos en la misma letra.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el artículo 52 de la Ley nos encontramos que varios de los principios que contiene guardan alguna relación con el presente deber. Así, se le exige al empleado público "*velar por los intereses generales*" y que

actúe con arreglo, sobre todo, a los principios de "integridad", "ejemplaridad" y "honradez". Relación que se reitera en el artículo 53 -contempla los "principios éticos"-, cuyo número 8 demanda de los empleados públicos que vigilen "la consecución del interés general".

Sin embargo, es en los principios de conducta, establecidos en el artículo 54.5 donde podemos encontrar la expresión más cercana convertida en el mandato, dirigido a los empleados públicos, de que

"Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación".

Tipo que viene a corresponderse, en el fondo, con el sentido del deber que nos ocupa.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

Como ya ha sido expuesto, en un único párrafo se unen dos deberes. El primero impela a actuar positivamente; por el contrario, el segundo, del cual tratamos en este momento [art. 19, k), *in fine*], se refiere a eludir una conducta negativa y antijurídica. Su formulación puede quedar tal cual:

"... evitar (el) uso ilegítimo (de los medios, instrumental e instalaciones) en beneficio propio o de terceras personas".

No es ocioso que ello haya sido recogido en la norma jurídica formal que contempla el marco jurídico común regulador de los recursos humanos con los que ha de contar el Sistema Nacional de Salud. Y no es ocioso porque siendo el postulado de partida entendible por todos (no utilización de lo público para satisfacer intereses privados), en el devenir de la sanidad pública se ha puesto en evidencia, en demasiadas ocasiones, que no siempre y en todo caso, se ha venido respetando dicho postulado.

Consecuentemente, la contemplación por la Ley 55/2003 de este tipo de ilícito no es fruto del tiempo en el que la norma ha sido dictada ni cualquier otra circunstancia del momento, sino fruto de la práctica negativa, al uso, llevada a cabo por algunos profesionales (si bien, totalmente minoritarios).

Paradigma de lo antes indicado -pero no único- puede ser, en el ámbito jurídico (reflejo de lo socialmente producido) la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2001⁵¹⁹, dictada en casación, cuyo antecedente de hecho primero contempla los siguientes hechos probados: *"El acusado Federico G. S., Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital San Agustín de Avilés, entre los años 1991 y 1996, ordenó a la secretaria de dicho servicio, Marta L. P., que extrajera de los libros de anatomía patológica los datos personales de aquellas pacientes que habían sido sometidas a histerectomía total con doble anexectomía (extirpación de útero y ovarios). Estos datos le eran facilitados mediante listados o discos informáticos, que se llevaba posteriormente a su domicilio con el fin de enviar a las pacientes propaganda de su clínica privada y de los tratamientos que allí se*

⁵¹⁹ Referencia RJ 2002\817 de la base de datos de Aranzadi.

realizaban, haciendo asimismo publicidad de su consulta privada en el sentido de obligar al resto de los facultativos del servicio o, en caso de que éstos se negaran, a su secretaria, a incluir en los informes de alta de las pacientes a las que había realizado tales intervenciones, la recomendación de la administración continuada durante largo tiempo de estrógenos por vía transdérmica (parches) o intradérmica (implantes), añadiendo en todos ellos que las pacientes «deberán acudir a su ginecólogo habitual, quien en último término valorará la conveniencia del mismo», así las cosas y en fechas que no constan con exactitud, pero que bien podemos situarlas en los años de referencia, efectuó en la clínica privada a diversas pacientes implantes de estradión cuya comercialización por vía intradérmica no estaba autorizada en España, aunque sí por medio de parches, no estando acreditado que la administración de dicha sustancia en forma de implantes, constituya un riesgo para la salud, salvo en casos muy puntuales. Por otro lado y sirviéndose de su condición de Jefe del Servicio, manipulaba las listas de espera de las intervenciones quirúrgicas para que las pacientes que acudían desde su consulta privada, fueran operadas con preferencia al resto de otras pacientes e incluso de algunas que padecían graves enfermedades y precisaban una rápida intervención, sin pasar por el médico de cabecera, ni por el ginecólogo que les correspondía, acudiendo de esta forma directamente al Hospital obviando así las consultas intermedias, tanto del Centro de Salud como del Ambulatorio. También y utilizando las instalaciones e infraestructuras del Hospital San Agustín, efectuaba a sus pacientes privadas operaciones de cirugía estética, concretamente lipectomías, no cubiertas por la Seguridad Social y amniocentesis, sacando el líquido a dichas pacientes en su clínica particular y mandándolo a

analizar al Hospital Central, obteniendo por todo ello abundantes beneficios económicos en detrimento de la Sanidad Pública. Por otra parte y durante los años 1994 y 1995, el acusado se apropió de la suma de 800.000 ptas. en pago de un trabajo encargado por el laboratorio farmacéutico Roussel a facultativos del Servicio de Ginecología de dicho Hospital, consistente en el estudio de una especialidad farmacéutica conocida por el nombre de "«Nemestrán»", así como de un "«módem»" y una conexión "«meditex»" regalados por el laboratorio Smith-Kline. Por último, el acusado, desde 1992 a 1997 hizo objeto de un trato vejatorio a médicos y resto del personal sanitario del servicio de Ginecología del Hospital San Agustín de Avilés, especialmente al Doctor P. V. apartando a alguno de ellos arbitrariamente de la práctica quirúrgica, no programándoles para el quirófano y excluyéndolos de las guardias, trasladándolos incluso a consultas ambulatorias y a otras áreas de atención, causando con ello, aparte de un clima insoportable -que hacía el que trabajasen bajo una situación de permanente estrés-, graves perjuicios a dichos facultativos tanto económicos como profesionales al perder contacto con toda práctica quirúrgica, como fue el caso del citado doctor P. V., lo que hizo que varios ginecólogos del servicio solicitasen el traslado extraordinario ante dicha situación".

3.2.- Personal funcionario.

Con anterioridad a la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público, el marco jurídico-administrativo aplicable al personal funcionario no recogía el deber que nos ocupa. Partiendo de que el indicado Estatuto es de aplicación en el ámbito funcionarias indicado, a partir de su vigencia no puede mantenerse lo anteriormente indicado.

3.3.- Personal laboral.

Es procedente en Derecho asumir para esta clase de personal cuanto ha sido expresado para el personal funcionario en el punto 3.2, inmediato anterior. ^Por ende, al personal laboral le es de aplicación lo prescrito en el artículo 54.5 del Estatuto Básico del Empleado Público.

4.- Incumplimiento del deber.

Nos encontramos con un deber cuya trasgresión presenta la peculiaridad de que las figuras jurídicas que en el orden penal son de aplicación, tienen una acusada importancia y repercusión social.

4.1.- Ámbito disciplinario.

La trasgresión del deber únicamente se contiene en el régimen disciplinario aplicable al personal estatutario, mediante el correspondiente tipo.

No obstante, si la conducta contraria al deber tuviese trascendencia penal -aspecto no descartable-, podría activarse la facultad disciplinaria una vez firme la sentencia penal correspondiente, con independencia del personal (estatutario, funcionario o laboral) que haya realizado la referida conducta negativa. Ahora bien, la actuación disciplinaria no tendría su origen en la referida conducta negativa, sino en el tipo que reprochara la condena judicial⁵²⁰.

⁵²⁰ Ejemplo de ello puede ser el artículo 7.1c) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que considera falta de carácter grave: "*Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados*".

4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La Ley 7/2007 establece el deber, como ya ha sido reflejado, pero no contiene en su régimen disciplinario, es decir, en las faltas muy graves que establece, tipo alguno en el que pudiera subsumirse la conducta trasgresora del deber. Por ende, hemos de estar a lo que resulte de lo indicado en el artículo 95, número 2, letra p), y número 3⁵²¹ de igual precepto y Ley (*lex ferenda*).

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

a) Infracción muy grave: El supuesto de hecho específico para este personal se encuentra previsto en el artículo 72.2, r) de la Ley 55/2003, que establece como infracción de carácter muy grave

"La utilización de los locales, instalaciones o equipamiento de las instituciones, centros o Servicios de Salud para la realización de actividades o funciones ajenas a dichos Servicios".

Como también se expone en el *"deber de utilización de los recursos materiales en beneficio del paciente con criterios de eficiencia"*, el contenido del tipo presenta un determinado grado de ambivalencia o de interpretación distinta en cuanto a su aplicación, ya que podría subsumirse en el mismo, hechos trasgresores de los deberes

⁵²¹ Artículo, letra y números ya transcritos en nota a pié de página correspondiente al epígrafe 5.1, "*Ámbito disciplinario*", del deber de respetar las decisiones que conciernen al usuario.

contemplados en la letra k) del artículo 19 de la Ley 55/2003.

b) Infracción leve: El aludido supuesto de hecho inespecífico que, con la calificación de leve, recoge la Ley 55/2003, se encuentra tipificado en su artículo 72.4, f), como

“El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave”.

El propio tipo transcrito nos abre, aun cuando podríamos entrar en un mundo técnicamente impreciso, una puerta para, al menos, examinar, a la luz del hecho ilícito, la posibilidad de calificarlo como falta grave (para la calificación muy grave ya existe tipo específico).

4.1.2.2- Personal funcionario y laboral.

Tanto uno como otro personal no contemplan en sus respectivos y específicos regímenes disciplinarios tipo alguno en el que pueda subsumirse el deber; lo cual no obsta, como ha sido comentado, que, en un caso dado, previo conocimiento de los hechos por la jurisdicción penal y correspondiente sentencia, pudiera activarse la actuación disciplinaria con fundamento en la condena firme que hubiese sido dictada.

5.2.- Ámbito penal.

En este ámbito penal y, precisamente por el conocido amplio concepto que el Código penal ofrece de la expresión “*funcionario público*”, se encuentra comprendido cuanto

personal realice funciones publicas, como venimos conociendo.

Una conducta transgresora del deber acreedora de revestir la suficiente entidad como para entrar en el ámbito penal, podría ser subsumida en las figuras jurídicas criminales siguientes:

a) Dar una aplicación privada a bienes de la Administración podría conllevar incurrir en el delito previsto en el artículo 434 del vigente Código penal, que presenta la siguiente redacción:

"La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local u Organismo dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años".

b) Exigir derechos, tarifas por aranceles o minutas no debidas, podría conllevar que se incurriera en el delito previsto en el artículo 437 del Código penal, cuyo tenor se expresa como sigue:

"La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y

de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

El Tribunal Superior de Andalucía, en su sentencia de 11 de julio de 2003⁵²² (Sala de lo civil y penal), se ocupa de un caso cuyos hechos son subsumibles en el precepto transcrito. Hechos probados, que pueden resumirse en lo siguiente:

El acusado fue nombrado facultativo eventual para realizar sus funciones como médico general en la localidad de Marbella. A una de sus pacientes propuso intervenirla quirúrgicamente de una mancha en la cara, lo que efectuó en el Centro de Salud de Leganitos; intervención que efectuó sin permiso de los responsables del indicado Centro de Salud y sin ser estos informados de dicha operación. Por dicho acto médico, esto es, por su trabajo, cobró a la paciente la cantidad de treinta mil pesetas; ocasionado unos gastos a de 8.498 pesetas a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

El acusado alegaba infringido el artículo 437 del Código penal por estimar que los hechos que se daban como probados en la sentencia recurrida no serían constitutivos del delito de exacciones ilegales, sino de una mera infracción administrativa.

A la indicada alegación, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía manifiesta que *“No puede ofrecer duda que, en principio, tales hechos probados han de estimarse como constitutivos del delito del citado artículo 437, ya que, incuestionada la cualidad de funcionario público del acusado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.2*

⁵²² Referencia JUR 2003\234882, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

del propio Código Penal, por su condición de facultativo eventual de la Seguridad Social o del Servicio Andaluz de la Salud, también se da como probado que cobró a la paciente treinta mil pesetas por la intervención que le realizó en el Centro de dicho Servicio en que prestaba sus funciones de Médico, sin poder percibir por ello pago alguno de la paciente, que son los requisitos exigidos para poder tener por perpetrado el delito de exacciones ilegales (...), ya que se ha tipificado la conducta de la Autoridad o funcionario público «que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas o en cuantía mayor a la legalmente señalada», con lo que aparece claro que el delito puede cometerse (...) por aquel que, no teniendo derecho a cobrar del particular derecho o minuta alguna, como ocurre con los Médicos de la Seguridad Social, le exijan el percibo de unos ilegales e improcedentes derechos”.

Continúa diciendo el Tribunal que “No se discuten en realidad por el recurrente los hechos probados, sino que lo único que hace es mantener que, tipificando los mismos una infracción administrativa, no podían constituir una infracción penal o delito, con lo que, evidentemente, no está sino haciendo referencia al principio «non bis in ídem», que, aunque no proclamado explícitamente en nuestra Constitución, puede deducirse del de legalidad proclamado por su artículo 25, como se tiene reiteradamente proclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Es, desde luego, cierto que la conducta realizada por el acusado podría encajar dentro del artículo 66.3.1) del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, que sanciona como falta disciplinaria grave «la percepción de honorarios o igualas de las personas protegidas por la Seguridad Social y

que les estén adscritas». Ahora bien, el hecho de que su actuación pudiera tipificar esa falta administrativa no puede implicar, ni mucho menos, que por ello dejen de poder estimarse los hechos como constitutivos del repetido delito del artículo 437 del Código Penal.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de este problema de la posible compatibilidad entre la sanción administrativa y la penal - sentencias, a vía de ejemplo, de 17 de febrero y 30 de septiembre de 1992, 8 de octubre de 1993 y 13 de julio de 1999- bastando con recordar que en esta última se mantuvo que «aún en el caso de que el mismo hecho se encuentre simultáneamente previsto en el Ordenamiento como constitutivo de infracción disciplinaria y como ilícito penal, el Juez o Tribunal competente en este orden habrá de proceder a su enjuiciamiento como consecuencia del principio de prevalencia del Derecho Penal con independencia de la respuesta que la Administración pueda dar a esa misma cuestión en el ejercicio de su potestad sancionadora, que puede coexistir con la sanción penal sin que por ello se resienta el principio «non bis in ídem» que emana del principio de legalidad recogido en el artículo 25 de la Constitución, pues, como es suficientemente sabido, nada empece a esa doble consecuencia punitiva, penal y disciplinario-administrativa, en el marco de la relación del funcionario con la Administración caracterizada por la especial supremacía de ésta que justifica el «ius puniendo» de los Tribunales y, a la vez, la potestad sancionadora de la Administración (sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, 27 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1986 y otras muchas posteriores)».

X. DEBER DE ACTUAR SIN EXCESO ARBITRARIO
EN EL USO DE AUTORIDAD NI CON
ABUSO DE LA MISMA

1.- Introducción.

Estamos ante un deber de los denominados indirectos en cuanto su origen se encuentra, como tipo sancionable, en el régimen disciplinario específico de aplicación al personal estatutario, al personal funcionario y al personal laboral. No ocurre igual, como después veremos, en el régimen disciplinario regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público.

La utilización del término autoridad en este deber se hace, evidentemente, partiendo del significado que le otorga la acepción segunda del diccionario de la Real Academia de la Lengua, esto es, "*potestad, facultad, legitimidad*". Así mismo, y ello le da sentido, el referido texto lingüístico define la expresión "*abuso de autoridad*" -única acepción-, como "*El que comete un superior que se excede en el ejercicio de sus atribuciones con perjuicio de un inferior*"⁵²³.

En definitiva, lo que el deber impone es ejercer las competencias conforme a Derecho, como es exigido en todo Estado de su misma denominación, esto es, con estricta sujeción al principio de legalidad, que lo representa y distingue y que a lo largo de esta tesis ha sido tan repetido. Postulado aquél que nos viene impuesto por

⁵²³ En nota a pie de página número 343, llamada correspondiente al epígrafe número 3 ("*Carácter y trascendencia de las actuaciones del personal funcionario habilitado*"), del "*Deber de adopción de medidas preventivas*", del presente capítulo y título; se diserta sobre el concepto de autoridad en el ordenamiento jurídico.

nuestro texto constitucional, bien cuando establece el principio de supeditación de los ciudadanos y poderes públicos a dicho texto constitucional y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), bien cuando concreta los principios generales del Derecho, tales como el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3); o bien, finalmente, cuando establece los principios a los que sirve las Administraciones Públicas y los que han de tener en cuenta en su actuación, esto es, respectivamente, principios de objetividad, interés general; principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1).

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Llama la atención que el Estatuto Básico del Empleado Público no contemple el presente deber. Deber cuya existencia, al menos como principio de actuación, sería necesario, y, en cualquier caso, necesaria también su existencia como deber indirecto, es decir, contemplado en los tipos que prevé como faltas de carácter muy grave.

Tal carencia es salvada, como ya ha sido comentado, por la regulación específica aplicable al personal, lo que no obstaría para que la norma básica lo hubiese contemplado.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

Si tuviéramos que explicitar un concepto del presente deber, diríamos que el personal estatutario tiene el deber de actuar sin abuso de poder. Esta definición lacónica se colige del contenido de los preceptos que, en el apartado "*Incumplimiento del deber*", serán transcritos, es decir, que deviene del régimen disciplinario específico de aplicación a esta clase de personal.

3.2.- Personal funcionario.

No es distinto el caso del personal funcionario, ya que la génesis del deber se presenta en el régimen disciplinario aplicable a este personal. De ahí que sigamos considerándolo como deber indirecto.

Por otra parte, el concepto del deber ofrecido para el personal estatutario es válido, así mismo, para el personal funcionario.

3.3.- Personal laboral.

Respecto del alcance del deber en el personal con régimen jurídico laboral, hay que remitirse a lo ya indicado para el personal estatutario y personal funcionario, señalando, únicamente, la naturaleza convencional de la norma que contempla el régimen disciplinario del que trae causa el deber, que nos es otra

que el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía⁵²⁴.

4.- Interrelaciones jurídicas.

En el inicio del examen del presente deber han sido referidos los artículos 9.1; 9.3 y 103.1 del vigente texto constitucional, los cuales tienen directa relación con la esencia del deber.

No menos relación presenta, ya en el ámbito del Derecho administrativo, los artículos 12; 53 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El primero de los preceptos reseñados anteriormente nos habla de la competencia, de su carácter y de su ejercicio, estableciendo que "*es irrenunciable*" y que ha de ejercerse, precisamente, por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación.

El artículo 53, se refiere a los actos administrativos que dictan las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, manifestándose sobre los requisitos que han de cumplir desde el punto de vista formal y sustantivo o material.

En lo que afecta a los requisitos formales, señala de forma imperativa, por una parte, que se producirán por el

⁵²⁴ Como ya ha sido reseñado, la Resolución de 22 de noviembre de 2002, ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio, con código número 7100082.

órgano competente y, por otra parte, que han de ajustarse al procedimiento establecido (art. 53.1).

En cuanto al aspecto material de los actos, exige el número 2 del reiterado artículo 53, que su contenido se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y, además, será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

Cuando los actos administrativos no respetan los requisitos exigidos por los preceptos reseñados anteriormente, el mismo procedimiento administrativo común prevé para ellos la máxima sanción, esto es, su nulidad de pleno derecho o absoluta. En este sentido, el artículo 62 del citado texto legal, Ley 30/1992, nos dice que son nulos de pleno derecho:

- los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [letra a)];

- los actos de las Administraciones públicas dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio [letra, b)];

- Los actos que tengan un contenido imposible [letra c)];

- los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta [letra d)];

- los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados [letra e)];

- los actos expuestos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición [letra f)].

5.- Incumplimiento del deber.

Ya fue dicho que el presente deber es indirecto. Por ende, la obligación que refleja el tipo disciplinario nace del supuesto de hecho contemplado en el mismo (no de un expreso deber), al que se anuda la correspondiente sanción.

Nos hemos referido al ámbito disciplinario, pero queda algo más pendiente, ya que la conducta que contraviniese el deber podría incurrir, así mismo, en responsabilidad penal, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente.

5.1.- Ámbito disciplinario.

Los regímenes disciplinarios aplicables al personal que nos ocupa sancionan la conducta con la gravedad que requiere el supuesto de hecho, si bien sólo en el caso del personal estatutario alcanza la máxima calificación posible.

5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

No encontramos, como ya sabemos, tipo alguno en el Estatuto Básico del Empleado Público que se refiera a la conducta negativa que incumpliera el deber.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

En el régimen disciplinario de aplicación al personal estatutario encontramos los siguientes tipos:

a) Infracción muy grave: El artículo 72.2,t), de la Ley 55/2003, contempla un supuesto de hecho que llama la atención por el plus que se requiere (que sea "arbitrario") para tipificar el exceso del ejercicio de autoridad. Concretamente, se describe así:

"El exceso arbitrario en el uso de autoridad que cause perjuicio grave al personal subordinado o al servicio".

El diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice que arbitrario significa que *"procede con arbitrariedad"* y arbitrariedad es el *"acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho"*.

En cualquier situación de origen y proyección pública y, aún más, en un Estado de Derecho, considerar que un acto o proceder ha sido llevado a cabo *"sólo por la voluntad o el capricho"*, exigiría la máxima réplica en términos de represión, ya que la conducta estaría negando la propia esencia o razón de ser de dicho Estado.

Tan así es, que el vigente texto constitucional, en su artículo 9.3, *in fine*, determina, como principio general del Derecho, que la Constitución garantiza *"...la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*.

Arbitrariedad a la que se alude, que guarda una relación directa con el principio de igualdad, como podemos observar en la sentencia del Tribunal Constitucional número 49/1982, de 14 julio (recurso de amparo núm. 21/1982)⁵²⁵: *"La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable"*.

En definitiva, actuar o proceder arbitrariamente tiene un alcance que sobrepasa el propio Estatuto Marco del personal estatutario, hasta el punto de que nos adentra, incluso, en el ámbito penal, según comprobaremos.

Pues bien, como hemos constatado, el referido Estatuto Marco así lo ha captado y ha ubicado la conducta trasgresora del deber en la calificación jurídica que conlleva mayores consecuencias negativas para el autor.

b) Infracción grave: El artículo 72.3, b), de la Ley 55/2003, realiza una formulación del tipo que no presenta dificultad, considerando como conducta sancionable

"El abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones".

⁵²⁵ Referencia RTC 1982\49, correspondiente a la base de datos Aranzadi.

Dos notas distinguen el presente tipo del anterior: por una parte, la desaparición del término "arbitrario"; por otra, que no se exige que la conducta cause perjuicio.

5.1.2.2.- Personal funcionario.

El personal funcionario contiene un solo tipo, ubicado dentro de las infracciones graves y definido en el artículo 7.1, b), del Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, como

"El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo".

5.1.2.3.- Personal laboral.

El VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, introduce en su artículo 44.2 un solo tipo calificado como infracción grave y definido como

"El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo".

Como puede constatarse, tanto la calificación jurídica, como el contenido del tipo, son idénticos para el personal funcionario y para el personal laboral, y prácticamente igual que la falta respectiva del personal estatutario.

5.2.- Ámbito penal.

La conducta trasgresora del deber indirecto que nos ocupa, que conduzca a la legislación criminal, puede incurrir en dos tipos de delitos:

a) El previsto en el capítulo IX, del título XIX, del libro II, del Código penal, que contempla, entre otros tipos penales, "...los abusos (de los funcionarios públicos) en el ejercicio de su función".

De los referidos tipos nos vamos a referir a aquellos que interesan y afectan al personal que presta servicios en el sector que nos ocupa. En este sentido, hemos de tener en cuenta los siguientes artículos:

1) El artículo 441 se dirige a tipificar la realización de actividad profesional o de asesoramiento, bajo la siguiente descripción:

"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Como se colige de su lectura, el precepto trata sobre incompatibilidad funcional, lo cual nos recuerda el marco jurídico de aplicación en esta materia al personal al servicio de las Administraciones públicas, representado, a nivel legal, por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

2) Otro de los preceptos es el artículo 442, que se refiere al uso de un secreto o información privilegiada, si bien nos remitimos para su examen al deber de secreto profesional.

3) Finalmente, el artículo 443 trata de los abusos sexuales en el ejercicio de la función pública, supuesto de hecho que

"1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior⁵²⁶".

b) El delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código penal, que castiga

"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para

⁵²⁶ Los números dos y tres del artículo 443 dicen así: "2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad".

empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

XI. DEBER DE NO EXIGIR NI ACEPTAR

REGALO, BENEFICIO, COMPENSACIÓN

O CONTRAPRESTACIÓN

1.- Introducción.

Es un deber que se nos presenta de forma indirecta, esto es, que tiene su génesis en el régimen disciplinario de aplicación sin encontrarse establecido, de forma específica, en el precepto o preceptos que establecen expresamente los deberes directos del personal. Sin embargo, la excepción se contiene en la norma básica, esto es, en el Estatuto Básico del Empleado Público, como después tendremos ocasión de contemplar.

Por otra parte, el presente deber tiene una muy directa y fácil vinculación con el ámbito penal, de tal forma que podría no entenderse que se presumiera la comisión de tipos administrativos y no se tuviera en cuenta, al mismo tiempo, la presunción de su incardinación en el ámbito criminal; actuando, en este caso, en consecuencia.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Como se decía en otro deber anterior, el artículo 52 de la Ley contiene algunos principios que presentan determinada relación con el deber que nos ocupa. Son aquellos principios que, bajo la obligación de actuar con arreglo a los mismos, nos hablan de "integridad", "ejemplaridad" y "honorabilidad", sin olvidar la también obligación de "velar por los intereses generales".

Ahora bien, el Estatuto es más explícito en esta cuestión y contempla, con carácter *ius cogens*, tanto en sus principios éticos (art. 53), como en sus principios de conducta (art. 54), manifestaciones dirigidas a los empleados públicos en los siguientes términos:

"No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas" (art. 53.7).

"Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal" (art. 54.6).

La frase *"que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía"*, flaco favor va hacer a los principios que se reflejaban en el párrafo primero del presente epígrafe. Y flaco favor va hacer, en definitiva, a esos otros principios que son consustanciales con la tarea pública. Aceptar algo, cualquier cosa que sea, en consideración al cargo o función pública desempeñada representa el mayor peligro y enemigo de lo que debe ser un servicio público; además, siembra siempre la duda en terceros sobre la actuación del empleado público que recibe el regalo, trato de favor, etc.

Independientemente de lo dicho, nos encontramos, así mismo, con una cuestión técnica, y es la interrogante de dónde está el límite *"de los usos habituales, sociales y de cortesía"*. Como conceptos jurídicos indeterminados

(hablamos de tres), tendrían que ser los indicados Tribunales los que le diera contenido y la paradoja es que, precisamente, esos Tribunales ya han dicho, como después veremos, el alcance del tipo penal. Por ende, lo que el legislador ha hecho es, sencillamente, obviar la doctrina jurisprudencial o, expresado de otro modo, crear un tipo que no sintoniza con la doctrina de los Tribunales de Justicia de lo penal.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

Al ser un deber indirecto en la regulación de la Ley 55/2003, no tiene conceptualización jurídico-administrativa específica.

El indicado concepto podemos expresarlo señalando que el deber impone al personal estatutario la prohibición de:

a) Exigir o aceptar de los usuarios de los Servicios de Salud cualquier tipo de compensación o contraprestación por los servicios prestados.

b) Prevalerse de la condición de personal estatutario para obtener un beneficio indebido para sí o para terceros.

c) Exigir o aceptar compensación por quienes provean de servicios o materiales a los centros o instituciones.

Este triángulo de prohibiciones deviene, como ha sido ya aludido, de los tres tipos de ilícitos administrativos

que nos ofrece el correspondiente régimen disciplinario, que examinaremos en el respectivo apartado.

Por otro lado, llama la atención que el legislador, en el ámbito en el que nos movemos, no haya tenido en cuenta la conveniencia y coherencia de contemplar, de forma específica, un deber que manifestara e impusiera (formando parte de la relación de deberes establecida para el personal estatutario) la obligación de abstenerse de recibir -también de exigir- todo cuanto se le ofreciera por razón de la función pública que desempeñara.

Por último, recordar que durante la vigencia del régimen disciplinario contenido en los Estatutos que establecían el régimen jurídico del personal estatutario⁵²⁷ (transitoriamente en parte vigentes, sin alcanzar ello a los respectivos regímenes disciplinarios⁵²⁸), el deber que nos ocupa se contemplaba (si bien con distinta expresión) en el Estatuto de Personal no Sanitario, cuyo artículo 58,

⁵²⁷ Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 5 de julio de 1971, y Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973.

⁵²⁸ La disposición transitoria sexta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, indica lo siguiente: “1. No obstante lo previsto en las disposiciones derogatoria única y final tercera, las previsiones de esta Ley que a continuación se indican producirán efectos en la forma que se señala:

a) Las previsiones de los artículos 40 (sobre carrera profesional) y 43 (sobre retribuciones complementarias) de esta Ley entrarán en vigor, en cada servicio de salud, cuando así se establezca en las normas a que se refiere su artículo 3. En tanto se produce tal entrada en vigor se mantendrán vigentes, en cada servicio de salud y sin carácter básico, las normas previstas en la disposición derogatoria única.1.b) (sobre retribuciones de personal estatutario), o las equivalentes de cada Comunidad Autónoma.

b) Se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la disposición derogatoria única. 1.e), f) y g) (se refiere a los tres Estatutos de Personal reseñados).

c) Se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada servicio de salud, la norma citada en la disposición derogatoria única.1.d) (sobre selección de personal).

d) Las prestaciones de carácter social previstas en las disposiciones a que se refieren los párrafos e), f) y g) de la disposición derogatoria única.1, se mantendrán exclusivamente respecto a quienes ostenten derechos subjetivos ya adquiridos a tales prestaciones en el momento de entrada en vigor de esta Ley. (...).”

d), establecía la obligación de *"No aceptar propina, dádiva o regalo alguno por sus servicios"*. En el resto de Estatutos (Estatutos de Personal Médico y de Personal Sanitario no Facultativo), la única referencia que pudiera guardar alguna relación con el deber que nos ocupa, la encontramos, respectivamente: en el artículo 66.3, f), que contempla como infracción de carácter grave *"La percepción de honorarios o igualas de las personas protegidas por la Seguridad Social y que les estén adscritas..."*; y en el artículo 124.11, que, con igual calificación jurídica, tipifica *"La aceptación de cualquier compensación económica, como consecuencia de los trabajos prestados a la Seguridad Social, de las personas protegidas por la misma o ajenas"*.

3.2.- Personal funcionario y personal laboral.

En el marco jurídico funcionarial y en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía no se contempla, ni directa ni indirectamente, el deber que nos ocupa.

Como ya sabemos, es de aplicación el régimen disciplinario del Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que de la misma forma que en el caso del personal estatutario el concepto del deber se extrapolaba de los tipos previstos en su régimen disciplinario, para el personal funcionario y laboral se ha de proceder exactamente igual, esto es, extrayendo su conceptualización de los tipos previstos en los correspondientes regímenes disciplinarios.

Por ende, en el personal funcionario y personal laboral también se nota la ausencia de un deber que, de

forma expresa, directa y específica, contemplara, en su respectivo régimen jurídico, la prohibición de exigir o recibir del ciudadano cualquier dádiva o regalo por razón del puesto de trabajo o función pública que se estuviese desempeñando.

4.- Incumplimiento del deber.

La conducta negativa que incumpla el presente deber incurre, presumiblemente, en una doble responsabilidad: la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal; si bien el principio de intervención mínima del Derecho penal (examinado en el apartado V, del capítulo I, del presente título II), podría encontrar, en algún caso concreto, posible aplicación). Un tipo y otro de responsabilidad va a ser examinado a continuación.

4.1.- Ámbito disciplinario.

La regulación establecida en el ámbito disciplinario es desigual entre el personal estatutario y, por otra parte, el personal funcionario y personal laboral. Pero, además, respecto del personal estatutario, comprobaremos que las Cortes Generales, en contraposición a la regulación de los tres Estatutos anteriores, ha cuidado su trabajo tratando de recoger toda la casuística posible. Evidentemente, hay que suponer que la realidad o experiencia negativa acumulada ha tenido parte de influencia en ello. Las dos cuestiones enunciadas se van a poner de manifiesto seguidamente.

4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Contrariamente a lo que prevé la Ley 55/2003 en su régimen disciplinario, el Estatuto Básico del Empleado Público contempla un tipo que no deja de presentar alguna duda en la tarea de subsumir en el mismo la conducta transgresora del deber.

Estamos refiriéndonos al tipo previsto en el artículo 95.2, j) de la Ley 7/2007:

"La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro".

Tal tipo es calificado jurídicamente como falta muy grave y presenta un cierto grado de generalidad e indeterminación poco acorde con las exigencias del principio de tipicidad. Da la impresión de que se ha pretendido abarcar el "todo" sin pensar que puede "escaparse" la mayor parte, salvo que arregle ello los Tribunales de Justicia, en su labor de intérpretes del ordenamiento jurídico.

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

El legislador ha entendido que la conducta que atente contra este deber tiene la suficiente trascendencia y entidad jurídica como para no considerarla, en ningún caso, de carácter leve. Consecuente con ello, ha tipificado la misma calificándola, en un caso, como infracción de

carácter muy grave y, en otro caso, como infracción de carácter grave, según se expone a continuación:

a) Infracción muy grave: El artículo 72.2,m) y q) de la Ley 55/2003 contempla como infracción de este carácter, respectivamente, los dos tipos siguientes:

"La prevalencia de la condición de personal estatutario para obtener un beneficio indebido para sí o para terceros, y especialmente la exigencia o aceptación de compensación por quienes provean de servicios o materiales a los centros o instituciones".

"La exigencia de cualquier tipo de compensación por los servicios prestados a los usuarios de los servicios de salud".

b) Infracción grave: Si la conducta que exigiera cualquier tipo de contraprestación era calificada como infracción muy grave, la aceptación de dicha contraprestación se califica ahora, en los términos previstos en el artículo 72.3, 1), como infracción grave:

"La aceptación de cualquier tipo de contraprestación por los servicios prestados a los usuarios de los servicios de salud".

4.1.2.2.- Personal funcionario y laboral.

Como ya ha sido dicho, no existe tipo, en el régimen disciplinario de este personal, que pudiera corresponderse con el deber que nos ocupa.

No obstante, y como también se ha expresado, la entrada en vigor de la Ley 7/2007 ha dado un giro a la regulación específica en los términos indicados en el examen y análisis de la referida Ley, es decir, que el tipo calificado como falta muy grave previsto en el artículo 95.2, j), del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación a esta clase de personal.

4.2.- Ámbito penal.

Como concurre en otras tantas figuras jurídico-penales, el delito de cohecho se encuentra recogido en el Código penal vigente en varios preceptos que tipifican desde la más grave a la más leve conducta criminalizada, las cuales pasamos a contemplar:

a) Delito de cohecho.

1) El artículo 419 inicia la regulación prevista en el Código y penaliza una actuación delictiva, esto es, con categoría de delito, del funcionario o autoridad, en los siguientes términos:

"La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce

años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

El sólo hecho de solicitar dádiva o presente o de aceptar el ofrecimiento, se encuentra criminalizado. Es una novedad respecto del Código anterior.

2) El artículo 420 contempla no ya una actuación delictiva, sino injusta, del funcionario o autoridad en el ejercicio de su cargo. A saber:

"La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva".

El Tribunal Supremo indica en su sentencia número 709/1994, de 28 de marzo⁵²⁹, que ha de tenerse *"...en cuenta que acto injusto es toda actuación que sea contraria al ordenamiento jurídico, incluyendo en esa denominación los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto"*.

⁵²⁹ Referencia RJ 1994\2604, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

3) El artículo 421 nos habla del funcionario o autoridad que se abstiene de realizar un acto que corresponda al ejercicio de su cargo, con el siguiente tipo:

*"Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años"*⁵³⁰.

4) El artículo 423, plantea el tipo que establece de forma genérica dirigido a los particulares, en los términos que siguen:

"1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior".

El Tribunal Supremo, refiriéndose al artículo 391 del anterior Código penal -actual artículo 423- señalaba, en su sentencia número 883/1994, de 11 de mayo⁵³¹, que según aquél *"...no sólo es punible la entrega de presentes o dádivas,*

⁵³⁰ El artículo 422 nos habla de la extensión de la responsabilidad a jurados, árbitros y peritos: *"Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública".*

⁵³¹ Referencia RJ 1994\3687, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

sino también su ofrecimiento y el mero intento de corromper a un funcionario"⁵³².

5) El artículo 425 criminaliza la conducta del funcionario o autoridad que solicite dádiva o presente o acepte ofrecimiento para realizar una actuación que le corresponde por razón del puesto de trabajo desempeñado. Así:

"1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años".

6) El artículo 426 criminaliza una conducta que, debido a algunos usos o pautas sociales, no es muy comprendida en ciertos sectores profesionales con cierta predisposición o laxitud. Dice así el precepto:

"La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de

⁵³² El artículo 424 indica que "Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses".

un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses".

A efectos de la comprensión del contenido del precepto, se ha de tener presente que la sentencia del Tribunal Supremo número 168/1994, de 2 de febrero⁵³³, dice que *"El término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecido la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento".*

La sentencia anteriormente reseñada también nos aporta y centra la figura delictiva que contiene el artículo 426 (anterior 390 en el Código penal derogado), al señalar que *"El cohecho impropio es la forma leve de cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular delictivo o simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos y, por ende, justos, que, por tanto, no tienen por que ser remunerados por los particulares".*

La sentencia del Tribunal Supremo número 361/1998, de 16 marzo (recurso de casación núm. 3273/1996)⁵³⁴, trata de unos hechos sobre los que dicho Tribunal expone algunas consideraciones de interés. Los hechos probados - consignados de forma sucinta y en lo que aquí es de interés-, pueden reflejarse como sigue: *"Matías (...), (visitador médico, para los Laboratorios Kabi-*

⁵³³ Referencia RJ 1994\759 correspondiente a la base de datos de "Aranzadi Jurisprudencia".

⁵³⁴ Referencia sentencia RJ 1998\4082, correspondiente a la base de datos Aranzadi.

Pharmacia, de los que llegó a ser Jefe Nacional de Ventas) para promover la adquisición del producto (hormona del crecimiento) en las farmacias concertadas (con las que se había puesto de acuerdo previamente), necesitaba conocer los datos personales de potenciales consumidores, y propuso a Carlos (...), médico director del departamento de endocrinología del Hospital de Sant Joan de Déu, de Barcelona, al que conocía por la actividad de visitador del laboratorio farmacéutico, que le facilitara tales datos de algunos de los pacientes a los que, en dicho departamento, prescribían el tratamiento hormonal, cuya aprobación dependía del Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya, que soportaba la práctica totalidad del coste, al ser el medicamento de los de aportación reducida para el destinatario.

Carlos (...) aceptó la propuesta, así como el ofrecimiento (que Matías le hizo) de cantidades periódicas de dinero, en función de los tratamientos que consiguiera dirigir a las farmacias concertadas (...). Este acuerdo lo alcanzaron a mediados de los años 80 y la relación convenida se desarrolló desde entonces hasta octubre de 1992⁵³⁵.

⁵³⁵ “Laboratorios Kabi-Pharmacia producía y comercializaba la especialidad Genotonorm, preparado conocido como hormona del crecimiento, que por el alto precio de venta al público de las viales en que se presentaba y la larga duración de cada tratamiento generaba elevadas ganancias a los propietarios de los establecimientos de farmacia que los suministraban a los consumidores, ya que el margen comercial que obtenían era del 40% de aquel precio si adquirían el medicamento directamente al laboratorio, y del 30% si lo adquirían al almacenista intermediario.

En un primer momento la única fuente de obtención de la hormona del crecimiento fueron las hipófisis humanas, lo cual limitaba la producción, conllevando una insuficiencia del medicamento que hacía aconsejable centralizar su dispensación en un número reducido de farmacias; esta situación duró hasta que en 1983-1984 se consiguió obtener sintéticamente mediante técnicas de ingeniería genética, lo cual supuso una fuente inagotable del producto.

Las farmacias concertadas, que suministraron el medicamento mediante la forma de captación de clientela que queda expuesta, fueron las siguientes, sitas todas en la ciudad de Barcelona: oficina 549, calle Llenguadoc, núm. 118, propiedad del farmacéutico titular (...); oficina 438, calle Aragó, núm. 260, también propiedad de (...); oficina 510, calle Sant Pau, núm. 67, propiedad de la farmacéutica titular (...); y oficina 649, plaza Raspall, núm. 1, copropiedad de las farmacéuticas titulares (...).”

En el tiempo que duró la actuación que queda expuesta, Matías (...) recibió de los farmacéuticos, mensualmente y en concepto de comisiones sobre ventas, cantidades de dinero indeterminadas, pero en todo caso muy superiores a las cincuenta mil pesetas que de las recibidas entregaba, a su vez, a Carlos (...), el cual aplicaba estos dineros a la adquisición de material informático, compra de libros y suscripciones a revistas científicas, todo con destino al departamento de endocrinología del hospital en que trabajaba, así como a gastos de asistencia a reuniones y congresos de su especialidad médica, tanto suyos como de otros facultativos de su equipo hospitalario. (...)".

Entre otras consideraciones, el Tribunal Supremo señala que "El delito del artículo 426 CP protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley. Es evidente que esta imagen se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues en tal caso se genera una impresión de venta de las mismas, que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública.

Asimismo, carece de relevancia que el doctor (...) haya invertido las sumas percibidas en el equipamiento científico del departamento de endocrinología del hospital en el que trabajaba. En efecto, la circunstancia de que las ventajas obtenidas no hayan sido incorporadas al propio patrimonio no excluye el delito de cohecho, pues éste no requiere enriquecimiento del autor".

7) Por último, se considera conveniente reflejar y comentar el artículo 427, que nos habla de la exención de responsabilidad en los términos siguientes:

"Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos".

Pues bien, si ninguna voluntad reflejaba el anterior Código penal de incentivar que se denunciasen los casos de corrupción en la función pública, entendemos que al legislador del vigente Código penal no ha llegado a facilitar que los particulares se decidieran a denunciar las prácticas corruptas que pudieran producirse.

De todas formas, hay que reconocer que este precepto es la innovación más notable de la nueva regulación del delito de cohecho, al introducir una excusa absolutoria, si bien subordinada a dos requisitos: denuncia del hecho en su momento y plazo para su presentación.

Hubiese postulado a favor de reducir los casos de corrupción, en línea con los valores y principios constitucionales, que, aún manteniendo el carácter de excusa absolutoria, la denuncia y el plazo de su presentación no tuviera la limitación temporal tan reducida.

XII. DEBER DE IDENTIFICACIÓN

1.- Introducción.

Es un deber que no tiene historia en el Derecho objetivo de Función Pública. Arranca de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), por lo que, con anterioridad a ésta, no existía un reconocimiento expreso del deber; si bien -conviene aclarar- su plasmación se hizo no como deber, sino como derecho del ciudadano en el artículo 35, b) de la reseñada Ley; por lo que es obligado recordar la correspondencia o correlación existente entre derecho-deber y viceversa.

Como deber expresamente contemplado, aparece en la Ley 55/2003, una vez que, como ha sido indicado, se había establecido como derecho de los ciudadanos; si bien, a nivel de rango normativo de "resolución" ya había sido recogido, precisamente, como deber, por la Administración General del Estado y por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como tendremos ocasión de reseñar.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La formulación del presente deber por el Estatuto Básico del Empleado Público es genérica y se contempla en su artículo 54.4, que contiene los principios de conducta, con el siguiente contenido:

"Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones".

Una de las indicadas materias o asuntos que tienen los ciudadanos el derecho a conocer es el garantizado por el artículo 35, letra b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, es decir, el derecho

"A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos".

Derecho cuyo ejercicio han de facilitar los empleados públicos, según el citado artículo 54.4, *in fine*.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

La Ley 55/2003 contempla en su artículo 19, ñ) que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a:

"Ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud".

Hay que hacer notar la utilización en el presente deber de la expresión Sistema Nacional de Salud, lo que nos viene a indicar que se refiere a todos los Servicios de Salud que operan en el ámbito estatal.

3.2.- Personal funcionario y laboral.

Ya ha sido dicho que el deber de identificación que nos ocupa no nace de forma expresa con el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, sino que con anterioridad había sido recogido en el artículo 35, b) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, como derecho de los ciudadanos. Por ende, atendiendo a la naturaleza de esta disposición jurídica -aplicable a todas las Administraciones Públicas- el indicado artículo 35, b) es aplicable al personal funcionario y al personal laboral (sin olvidar que también le es de aplicación al personal estatutario).

A mayor abundamiento, el deber establecido en el artículo 54.4 del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación, así mismo, a esta clase de personal.

Como desarrollo del susodicho artículo 35, b), tanto la Administración General del Estado como la Administración General de la Junta de Andalucía dictaron sendas Resoluciones en las que se recogía la obligación del personal a su servicio de dar cumplimiento al deber que nos ocupa. Actuación, por otra parte, innecesaria en cuanto se encontraba reconocido en la citada Ley 30/1992, que es directamente aplicable a todas las Administraciones Públicas, sin necesidad de desarrollo, al haber sido aprobada al amparo de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 148.1.18ª de la Constitución.

Es más, habría que criticar, no sólo lo expuesto, sino, a su vez, que se llevara a cabo un pretendido desarrollo de un derecho de los ciudadanos recogido en un disposición con rango de ley formal (directamente producida

al amparo de la Constitución), con una disposición con rango jerárquico de Resolución.

La Resolución aprobada por la Administración estatal tiene fecha 3 de febrero de 1993 y fue dictada por la Secretaría de Estado para la Administración Pública. Así mismo, la Resolución dictada por la Junta de Andalucía es de 7 de junio de 1993⁵³⁶, de la Secretaría General para la Administración Pública, dictada "con el fin de dar cumplimiento al mandato legal"⁵³⁷, cuyo objeto (punto primero), es "...definir los criterios para la identificación de las autoridades y del personal al servicio de la Administración autónoma Andaluza y de sus Organismos Autónomos". Añadiendo que "También será de aplicación al personal de las Entidades de Derecho Público cuando ejerzan potestades administrativas".

En su punto segundo, continúa indicando la Resolución que "A efectos de identificación, se entiende por autoridad en el procedimiento el titular del órgano competente o encargado de resolverlo y por personal bajo cuya responsabilidad se tramita, la unidad administrativa gestora, órgano responsable y unidades dependientes del mismo en las que el ciudadano puede realizar los trámites o solicitar servicios". Dicho lo anterior, la Resolución preceptúa, en el segundo párrafo de este segundo punto, que

"Toda persona al servicio de la Junta de Andalucía deberá identificarse cuando sea requerido para ello por los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Autónoma especificando, si fuera

⁵³⁶ BOJA nº.65, de 19 de junio.

⁵³⁷ Expresión recogida en la exposición de motivos de la propia Resolución.

necesario, su responsabilidad en los procedimientos que se tramiten, conforme a la presente Resolución".

El párrafo anterior conduce a la confusión, por cuanto después de indicar lo que hay que entender por autoridad y personal (bajo cuya responsabilidad se tramita), se olvida inmediatamente de ello y emplea la expresión "*Toda persona*", lo cual nos lleva ineludiblemente a pensar en la vocación universal de tal expresión.

En consecuencia, comprendería su ámbito de aplicación a cualquier persona (la cual estaría obligada a identificarse) que preste servicios en la Junta de Andalucía, sin distinción de régimen jurídico aplicable.

Corresponde hacer la observación de que el derecho del ciudadano que contempla el artículo 35, b) de la Ley 30/1992, es más restrictivo que el deber del personal que se establece tanto en el artículo 19, ñ) de la Ley 55/2003, como el punto 2, párrafo segundo, de la Resolución de 7 de junio de 1993; ya que la Ley 30/1992 impone dicho deber (sin especificar nada más), sólo para aquellos que tengan la responsabilidad de tramitar los procedimientos, limitación que no consta en las dos últimas disposiciones reseñadas.

Procede hacer una nueva observación referida a la identificación del personal. Así, como puede apreciarse, tanto el artículo 35, b) de la Ley 30/1992, como la Resolución de 7 de junio de 1993, nos hablan, respectivamente, de "*identificar*" (a las autoridades y al personal) o "*identificarse*" ("*cuando sea requerido para ello por los ciudadanos...*"). Ambas disposiciones jurídicas, en definitiva, emplean los términos indicados sin

especificar el contenido del acto de identificación. Por el contrario, el legislador estatutario ha ido más allá y ha establecido que el personal está obligado a ser identificado *"por su nombre y categoría profesional"*.

Ahora bien, con tal expresión (nombre y categoría profesional) se ha limitado la obligación de ser identificado en lo personal, precisamente, a sólo el nombre y no a los apellidos. Y se afirma ello porque aún cuando la intención del legislador fuese otra, la realidad jurídica es que la *"identificación"* de la persona es completa cuando se conoce su nombre y sus dos apellidos; pero si se indica de forma expresa, como es el supuesto que analizamos, que ha de ser el personal identificado *"por su nombre"* sin añadir más, nos encontramos en presencia de un deber al que se da cumplimiento indicando aquello a lo que obliga, esto es, a identificarse por su nombre.

En la línea argumental que nos ocupa, conviene expresar que el artículo 70.1, a) de la Ley 30/1992, al hablar de las solicitudes, exige que deberán contener, entre otros datos, el *"Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente"*. Es decir, cuando la norma ha querido expresarse exigiendo la identidad de la persona, así lo ha recogido expresamente, bien señalando, como en el citado precepto, todos los elementos que compone su identidad, bien utilizando, precisamente, el término que comprende aquéllos, esto es, el término identidad, identificar, etc. (ejemplo de ello lo obtenemos en el artículo 9 de la ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, que nos habla de *"Documentación e identificación personal"* refiriéndose al documento nacional de identidad del que se dice que *"tendrá, por sí solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de"*

las personas"; siendo que en el mismo consta, según es exigido por el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, regulador del citado documento, por una parte, los apellidos y, por otra, el nombre de la persona (art.11.1 del citado Reglamento).

Finalmente, no es ocioso señalar que el presente deber, conforme lo presenta la Resolución de fecha 7 de junio de 1993, puede colisionar frontalmente con el derecho de todo ciudadano previsto en el artículo 18.1 de la vigente Constitución (derecho a la intimidad personal) e, incluso, en un caso dado, con el derecho a la seguridad contemplado en el artículo 17.1 del citado texto constitucional. Tan consciente de ellos es la susodicha Resolución que contempla, cuando se refiere a la identificación mediante distintivo personalizado o rótulo de mesa, que *"En cualquier caso por razones de seguridad, intimidad o cualquier otra razón excepcional, el superior jerárquico podrá decidir otras formas alternativas de identificación, adoptando las medidas oportunas en cada caso"* (curiosamente, no se indica que ello pueda decidirse a solicitud del interesado).

4.- Incumplimiento del deber.

4.1.- Ámbito disciplinario.

La trasgresión del deber no tiene un reflejo específico en el régimen disciplinario de aplicación al personal estatutario, al personal funcionario o al personal laboral, por lo que hemos de estar a los tipos de carácter general que contiene los respectivos regímenes.

4.1.1.- Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público no es de aplicación por carecer de tipo en donde subsumir la conducta trasgresora del deber. En consecuencia, y como en otras ocasiones, se ha de estar a lo que la *lex ferenda* depare [art. 95, números 2 - letra p)- y 3].

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

El Estatuto en cuyo ámbito de aplicación se encuentra comprendido este tipo de personal, contiene las calificaciones jurídicas siguientes (a las que se llega por defecto en dos de las mismas):

a) Infracción muy grave: En el artículo 72.2,f) de la Ley 55/2003 se repite el tipo calificado como infracción de carácter grave, si bien añadiéndole el plus de la notoriedad del incumplimiento del personal estatutario. A saber:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: No obstante lo anteriormente expuesto, si el acto trasgresor presenta entidad suficiente, podría ser calificado según lo previsto en el artículo 72.3, c) de la Ley 55/2003, como

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituyan falta muy grave".

c) Infracción leve: La calificación jurídica de esta naturaleza se corresponde con el supuesto de hecho previsto en el artículo 72.4, f) de la Ley 55/2003, como

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

La posibilidad que abre el precepto transcrito, *in fine*, ya ha sido indicado, presenta dudas sobre su viabilidad jurídica.

4.1.2.2.- Personal funcionario.

El artículo 8.1, e) del Real Decreto 33/1986, contempla como infracción de carácter leve

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave"

En este régimen disciplinario no cabe situar la calificación del hecho trasgresor del deber como infracción de carácter grave o muy grave, ya que en los tipos previstos para dichas calificaciones jurídicas no resulta posible subsumir la conducta negativa que atentare contra el presente deber.

4.1.2.3.- Personal laboral.

El VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía contempla en su artículo 44.5, con carácter grave, la infracción definida como

"...el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

De los deberes contemplados en los tres citados apartados, el deber que podría tenerse por trasgredido -no sin cierta debilidad jurídica- sería el definido en el apartado a) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, como *"Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia"*.

4.2.- Ámbito penal.

No ha lugar a plantearse que la conducta que pudiera conculcar el presente deber pudiera ser acreedora de responsabilidad criminal.

XIII. DEBER DE MANTENER ACTUALIZADOS

LOS CONOCIMIENTOS Y APTITUDES

1.- Introducción.

Estamos ante un deber que, por razones obvias, cada día tiene mayor razón de ser, esto es, mayor razón de que haya sido contemplado expresamente tanto en el Estatuto Básico del Empleado Público, como en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El ritmo de la evolución del conocimiento y, particularmente, de los medios utilizados en la aplicación del mismo, demandaba que fuese considerado normativamente como obligación específica de todo el personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas⁵³⁸.

2.- Regulación prevista en el Estatuto Básico del Empleado Público.

La materia objeto de nuestro examen es ambivalente o dual:

a) Por una parte, se presenta como derecho del empleado público [art. 14, g), del Estatuto Básico] *“A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral”*.

⁵³⁸ Los centros oficiales que imparten formación específica tanto al personal estatutario como al personal funcionario, son el Instituto Nacional de Administración Pública (perteneciente a la Administración General del Estado), el Instituto Andaluz de Administración Pública (perteneciente a la Administración de la Junta de Andalucía) y la Escuela Andaluza de Salud Pública (perteneciente, así mismo, a la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Salud, a la que se encuentra adscrita).

b) Por otra parte, se presenta como deber.

Ambas situaciones jurídicas tienen su razón de ser, por razones obvias, y se encuentran estrechamente ligadas.

Como deber, situación que nos ocupa, se encuentra recogido en el artículo 54.8 de la Ley 7/2007, formando parte de los principios de conducta. Su contenido, en forma lacónica, establece para los empleados públicos que

"Mantendrán actualizada su formación y cualificación".

Este deber tiene su reverso en el derecho que se contempla en el transcrito artículo 14, g), del Estatuto Básico del Empleado Público.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

En el ámbito del personal estatutario, el deber que nos ocupa carece de precedentes normativos expuestos, ya que en ninguno de los tres Estatutos de personal anteriores a la Ley 55/2003, se contemplaba un deber de esta naturaleza.

El deber del que hablamos se establece en el artículo 19, c) de la indicada Ley 55/2003, manifestando que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a

"Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la

profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada".

Este deber, que no puede tacharse de lacónico y que ha de cumplir el personal estatutario, no sólo empieza y termina en el ámbito de cada individuo, sino que, por razón de la finalidad que persigue, puede ser complementado con la posibilidad prevista en el artículo 69.3, de igual texto legal, en los supuesto de reingreso del personal al servicio activo (procedente de las diferentes situaciones administrativas que se contemplan en los artículos 64 a 68: servicios especiales, servicios bajo otro régimen jurídico, excedencia por servicios en el sector público, excedencia voluntaria y suspensión de funciones). El referido precepto nos dice que

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.c) de esta Ley cuando las circunstancias que concurren así lo aconsejen, a criterio de cada servicio de salud, institución o centro de destino se podrá facilitar al profesional reincorporado al servicio activo la realización de un programa específico de formación complementaria o de actualización de los conocimientos, técnicas, habilidades y aptitudes necesarias para ejercer adecuadamente su profesión o desarrollar las actividades y funciones derivadas de su nombramiento. El seguimiento de este programa no afectará a la situación ni a los derechos económicos del interesado".

Respecto de la formación del personal estatutario (por ende, hablamos del personal sanitario y del personal

de gestión y servicios), existen en el articulado de la Ley 55/2003 otras menciones de las que algunas son merecedoras de tenerlas en cuenta. En este sentido, conviene reflejar las siguientes referencias:

- La atribución a la Comisión de Recursos Humanos de la actividad, entre otras, de *"...diseño de programas de formación y modernización de los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud"* (art. 10.1).

- El establecimiento, con carácter imperativo, de que la planificación de los recursos humanos en los Servicios de Salud se oriente (entre otros condicionantes) a la adecuada *"...formación y capacitación (de los mismos) en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios"* (art. 12.1).

- El establecimiento, con carácter dispositivo o discrecional, de que las Comunidades Autónomas puedan conceder (art. 61.4):

a) Permisos retribuidos o con retribución parcial, *"...con motivo de la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud"* (art. 61.3)⁵³⁹.

b) Permisos no retribuidos o con retribución parcial, *"...para la asistencia a cursos o seminarios de formación o para participar en programas acreditados de cooperación"*

⁵³⁹ El artículo 61.3 continúa diciendo que *"Podrá exigirse como requisito previo para su concesión el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, a contar desde la finalización del permiso. El incumplimiento de dicho compromiso implicará la devolución por el interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso"*.

internacional o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud".

- En el ámbito del régimen de las incompatibilidades el artículo 77.1 declara compatible "*...el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva al amparo de programas oficiales de formación y perfeccionamiento del personal, siempre que para participar en tales acciones se requiera la previa propuesta favorable del servicio de salud en el que se esté destinado y que las bases de la convocatoria no establezcan lo contrario".*

Si como ya ha sido indicado, lo anteriormente expuesto se dirige tanto al personal sanitario como al personal de gestión y servicios, aquello que va a ser tratado seguidamente se dirige sólo y exclusivamente a los profesionales sanitarios. La propia denominación de la norma que lo contempla ya es significativa al respecto. Hablamos de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que contempla, relacionado directamente con el presente deber, como principio rector de la actuación formativa y docente

"La actualización permanente de conocimientos, mediante la formación continuada, de los profesionales sanitarios, como un derecho y un deber de éstos. Para ello, las instituciones y centros sanitarios facilitarán la realización de actividades de formación continuada" [art. 12, f)].

Lo primero que resalta en la definición anterior es la consideración de la formación continuada de los

profesionales sanitarios como un derecho y un deber de los mismos. Y es así como se encuentra contemplado por el régimen jurídico de aplicación: como deber -ya ha sido expuesto-, se recoge en el artículo 19, c) de la Ley 55/2003; como derecho se contempla en el artículo 17.1, c) del mismo texto legal (derecho del personal estatutario "A la formación continuada adecuada a la función desempeñada..."⁵⁴⁰).

Por otro lado, el artículo 33 de la citada Ley 44/2003, de 21 de noviembre, nos dice en qué consiste la formación continuada y cuales son sus objetivos. A saber:

"1. La formación continuada es el proceso de enseñanza y aprendizaje activo y permanente al que tienen derecho y obligación los profesionales sanitarios, que se inicia al finalizar los estudios de pregrado o de especialización y que está destinado a actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes de los profesionales sanitarios ante la evolución científica y tecnológica y las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio sistema sanitario".

"2. Son objetivos de la formación continuada:

a) Garantizar la actualización de los conocimientos de los profesionales y la permanente mejora de su cualificación, así como incentivarles en su trabajo diario e incrementar su motivación profesional.

⁵⁴⁰ Derecho cuyo ámbito alcanza no sólo al personal sanitario sino, así mismo, al personal que no tiene tal carácter.

b) Potenciar la capacidad de los profesionales para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos sanitarios en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse.

c) Generalizar el conocimiento, por parte de los profesionales, de los aspectos científicos, técnicos, éticos, legales, sociales y económicos del sistema sanitario.

d) Mejorar en los propios profesionales la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de atención de salud y de las exigencias éticas que ello comporta.

e) Posibilitar el establecimiento de instrumentos de comunicación entre los profesionales sanitarios"⁵⁴¹.

⁵⁴¹ El resto de artículos comprendidos en el capítulo IV (denominado "Formación continuada"), del título II, de la Ley 44/2003, continúan refiriéndose a la dicha materia en los términos siguientes: art. 34: "1. Con el fin de armonizar el ejercicio de las funciones que las Administraciones sanitarias públicas y demás instituciones y organismos ostentan en materia de formación continuada, así como de coordinar las actuaciones que se desarrollen en dicho campo, se constituye la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias.- 2. Formarán parte de la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias las Administraciones públicas presentes en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.- Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la Comisión incorporará también representación de los colegios profesionales, de las universidades, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y de las sociedades científicas, en la forma en que reglamentariamente se determine.- 3. La Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias elegirá a su Presidente y aprobará su reglamento de régimen interior. Su régimen de funcionamiento se adaptará a lo establecido para los órganos colegiados en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.- El Ministerio de Sanidad y Consumo prestará el apoyo técnico y administrativo necesario para el funcionamiento de la Comisión, y nombrará a su Secretario, que tendrá voz pero no voto en las reuniones de ésta.- 4. La Comisión de Formación Continuada desarrollará las siguientes funciones: a) Las de detección, análisis, estudio y valoración de las necesidades de los profesionales y del sistema sanitario en materia de formación continuada, de acuerdo con las propuestas de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, de las sociedades científicas y, en su caso, de las organizaciones profesionales representadas en la Comisión Consultiva Profesional.- b) Las de propuesta para la adopción de programas o para el desarrollo de actividades y actuaciones de formación continuada de carácter prioritario y común para el conjunto del sistema sanitario.- c) Las de propuesta de adopción de las medidas que se estimen precisas para planificar, armonizar y coordinar la actuación de los diversos agentes que actúan en el ámbito de la formación continuada de los profesionales sanitarios.- d) Las de estudio, informe y propuesta para el establecimiento de procedimientos, criterios y requisitos para la

3.2.- Personal funcionario.

Formando parte de los pocos preceptos del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁵⁴², que no han sido derogados por el Estatuto Básico del Empleado Público, encontramos su artículo 33, cuyo contenido está directamente relacionado con el deber que nos ocupa. A saber:

acreditación de centros y actividades de formación continuada.- e) Las de estudio, informe y propuesta para el establecimiento de procedimientos, criterios y requisitos para la acreditación y la acreditación avanzada de profesionales en un área funcional específica de una profesión o especialidad, como consecuencia del desarrollo de actividades de formación continuada acreditada.”.

Art. 35: “1. El Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán acreditar actividades y programas de actuación en materia de formación continuada de los profesionales sanitarios, así como, con carácter global, centros en los que las mismas se impartan.- La acreditación, que deberá realizarse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios establecidos conforme a lo previsto en el artículo 34.4.d), tendrá efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración pública que expidió la acreditación.- 2. En cualquier momento las Administraciones públicas podrán auditar y evaluar los centros y las actividades de formación continuada que hubieran acreditado.- 3. Sólo podrán ser subvencionados con cargo a fondos públicos los centros y las actividades de formación continuada que estén acreditados conforme a lo previsto en este artículo.- A partir de la entrada en vigor de esta Ley, sólo podrán ser tomadas en consideración en la carrera de los profesionales sanitarios las actividades de formación continuada que hubieran sido acreditadas. Las actividades de formación continuada de los profesionales sanitarios previas a la entrada en vigor de la Ley y que no hubieran sido acreditadas serán objeto de consideración por los comités encargados de valorar los méritos a dichos efectos.- 4. El Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán delegar las funciones de gestión y acreditación de la formación continuada, incluyendo la expedición de certificaciones individuales, en otras corporaciones o instituciones de derecho público, de conformidad con lo que dispone esta Ley y las normas en cada caso aplicables.- Los organismos de acreditación de la formación continuada habrán de ser, en todo caso, independientes de los organismos encargados de la provisión de las actividades de formación acreditadas por aquéllos.- 5. Las credenciales de los profesionales y sus revisiones no sustituirán los procedimientos de formación, conocimientos y habilidades, que serán necesarios para determinar los mecanismos de promoción y contratación”.-

Art. 36: “1. Las Administraciones sanitarias públicas podrán expedir Diplomas de Acreditación y Diplomas de Acreditación Avanzada, para certificar el nivel de formación alcanzado por un profesional en un área funcional específica de una determinada profesión o especialidad, en función de las actividades de formación continuada acreditada desarrolladas por el interesado en el área funcional correspondiente.- Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada, que deberán expedirse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios establecidos conforme a lo previsto en el artículo 34.4.e), tendrán efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración pública que expidió el diploma.- 2. Las Administraciones sanitarias públicas establecerán los registros necesarios para la inscripción de los Diplomas de Acreditación y de Acreditación Avanzada que expidan. Tales registros tendrán carácter público en lo relativo a la identidad del interesado, al diploma o diplomas que ostente y a la fecha de obtención de éstos.- 3. Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada serán valorados como mérito en los sistemas de provisión de plazas cuando así se prevea en la normativa correspondiente”.

⁵⁴² Aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

*"Los funcionarios tienen el deber de asistir, previa autorización, a cursos de perfeccionamiento"*⁵⁴³.

3.3.- Personal laboral.

En el marco jurídico laboral tiene una notable presencia las cuestiones relacionadas con este deber, como pasamos a constatar:

a) En el texto del Estatuto de los Trabajadores⁵⁴⁴: el deber no se encuentra reconocido, de forma expresa, en el precepto que el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dedica a los "deberes básicos" o "deberes laborales" (art.5); tampoco en la sección 2ª, del capítulo II, del título I, denominada "Derechos y deberes derivados del contrato" (arts. 17 a 21). Sin embargo, ello no significa que el personal sometido a este régimen jurídico pueda obviar, sin más, la necesidad de adaptarse a las innovaciones técnicas y científicas que puedan afectar, en concreto, al puesto de trabajo que se desempeñe y/o, en su caso, al sector en donde se encuadre el grupo profesional de pertenencia.

Y tanto es así, que el artículo 52 de la indicada Ley del Estatuto de los Trabajadores, contempla que el contrato de trabajo podrá extinguirse, entre otros motivos:

⁵⁴³ Referidos al presente deber ha sido derogado el artículo 65 ("Los Jefes solicitarán periódicamente el parecer el parecer de cada uno de sus subordinados inmediatos acerca de las tareas que tienen encomendadas y se informarán de sus aptitudes profesionales con objeto de que puedan asignarles los trabajos más adecuados y de llevar a cabo un plan que complete su formación y mejore su eficacia") y el artículo 80 ("Los funcionarios han de esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad de trabajo").

⁵⁴⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

"a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa"⁵⁴⁵.

"b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo".

La importancia que da la Ley del Estatuto de los Trabajadores a la formación del trabajador no sólo se desprende de lo ya expuesto (siendo ello trascendente), si no que podemos observarla a través de otras referencias normativas del mismo texto legal. A saber, entre otras:

- El derecho de los trabajadores a la formación profesional en el trabajo [art. 4.2,b)].
- La obligación del empresario de "...facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya

⁵⁴⁵ El presente apartado tiene un segundo inciso determinando que "La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes" (art. 19).

- El derecho del trabajador: "a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo" (art. 23.1)⁵⁴⁶.

- En correspondencia con la obligación del empresario encontramos la obligación del trabajador "...a seguir dichas enseñanzas (en materia de seguridad e higiene) y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas" (art. 19).

- El mandato de que los Convenios Colectivos establezcan "...medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales" [art. 12.4, f)].

- La garantía que para el trabajador contempla el artículo 39.3, en el supuesto de movilidad funcional: "La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, (...). No cabrá invocar las causas de despido

⁵⁴⁶ El número 2 del artículo 23 nos dice que en los Convenios Colectivos se pactarán los términos del ejercicio de ambos derechos.

objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional".

- El derecho del trabajador en situación de excedencia a *"...a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación"* (art. 46.3).

- La consideración como causa justa para que el trabajador pueda *"...solicitar la extinción del contrato..."*, aquella que produce *"...modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad"* [art. 50.1, a)].

- La competencia del Comité de Empresa de *"Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre (...) c) Planes de formación profesional de la empresa"* [art. 64.1.4º, c)].

- La existencia de un contrato específico para la formación, cuyo objeto es *"...la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación..."* (art.11.2).

b) IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía: Si bien es cierto que no a todo el personal laboral que presta servicios en la Administración Pública de la Junta de Andalucía le es de aplicación el VI Convenio Colectivo⁵⁴⁷, no lo es menos que,

⁵⁴⁷ El artículo 3 del Convenio Colectivo contempla las exclusiones al mismo con el siguiente tenor:

como su propio nombre indica, su razón de ser no es otro que este tipo de personal. De ahí que examinemos su contenido para reflejar aquello, más trascendente, que pueda referirse a la materia que aquí nos ocupa.

De entrada, nos dirigimos directamente al artículo 49 del Convenio Colectivo (nos habla de formación y perfeccionamiento profesional), cuyo contenido se reproduce a continuación dada su importancia:

"1. Las partes firmantes del presente Convenio coinciden en señalar que la formación constituye un elemento fundamental en la gestión de los recursos humanos de la Junta de Andalucía y es instrumento para alcanzar los objetivos de permanente adecuación y adaptación de los empleados y las empleadas públicos a los requerimientos de la prestación de los servicios públicos, constituyendo, asimismo, un medio fundamental para la formación y la carrera profesional.

Por ello la formación ha de abordarse de forma sistemática constituyendo un proceso constante e integrado con el resto de las políticas de personal. La consecución de dichos objetivos debe realizarse con la necesaria

"Se excluyen del ámbito de aplicación de este Convenio Colectivo:

- a) El personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud.*
- b) El personal con contrato laboral que preste sus servicios en Empresas públicas, sea cual sea la participación de la Junta de Andalucía en las mismas.*
- c) Los profesionales con contratos para trabajos específicos, cuya relación con la Junta de Andalucía se derive de la aceptación de minuta o presupuestos y no tengan el carácter de contratado laboral.*
- d) El personal que preste sus servicios en empresas públicas o privadas cuando las mismas tengan suscrito contrato de obras o servicios con la Junta de Andalucía u Organismos Autónomos de ella dependientes, de acuerdo con la legislación estatal vigente en materia de contratos administrativos de las Administraciones Públicas, incluso en el caso de que las actividades de dicho personal se desarrollen en los locales de las unidades administrativas de la Junta de Andalucía.*
- e) El personal temporero eventual para labores agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras, que verá regulada su relación laboral por los Convenios Colectivos de aplicación en cada caso y la legislación laboral común, y que se acogerá a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que correspondan en cada caso.*
- f) Personal Becarios, de colaboración social y cualquier otro personal sometido a fórmulas de prestación de servicios no estrictamente laboral".*

colaboración de las Organizaciones Sindicales en toda las fases de elaboración y ejecución de las políticas de formación, colaboración que debe significar su efectiva implicación en las mismas.

2. Para llevar a cabo los fines antedichos, las partes se comprometen a procurar la permanente adecuación y adaptación del personal a las exigencias profesionales necesarias para la eficaz prestación de los servicios públicos, a mejorar la motivación y el rendimiento de la formación mediante la adecuada evaluación de las actividades formativas y a favorecer la carrera profesional mediante cursos de formación en los términos regulados en este Convenio.

3. De conformidad con lo previsto en el artículo 23⁵⁴⁸ del Estatuto de los Trabajadores, y para facilitar la formación y promoción profesional, el personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo tendrá derecho a ver facilitada la realización de los estudios necesarios para la obtención de títulos académicos o profesionales, la realización de cursos de perfeccionamiento profesional, así como el acceso a cursos de reconversión y capacitación profesional organizados por la Administración Pública o por las Organizaciones Sindicales en el marco de acuerdos con instituciones de la Administración, todo ello con la participación de la representación de los trabajadores.

4. El personal que curse estudios académicos, o de formación o perfeccionamiento profesional, tendrá preferencia para elegir turno de trabajo, en su caso, y el del disfrute de las vacaciones anuales, así como derecho a

⁵⁴⁸ El artículo 23 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ya ha sido reproducido anteriormente.

la adaptación de la jornada diaria de trabajo para la asistencia a los cursos, siempre que las necesidades y la organización del trabajo lo permitan. Tendrá derecho, asimismo, a la concesión de permisos retribuidos para concurrir a exámenes en los términos establecidos en este Convenio Colectivo. En cualquier caso, será requisito indispensable que el trabajador o la trabajadora acredite debidamente que cursa con regularidad tales estudios.

5. Los órganos de la Junta de Andalucía, directamente o en régimen de concierto con otros centros oficiales reconocidos, organizarán cursos de capacitación profesional para la adaptación del personal a las modificaciones técnicas operadas en los puestos de trabajo, así como cursos de reconversión profesional para asegurar la estabilidad del personal en su empleo en los casos de transformación o modificación funcional de los órganos o servicios. En estos supuestos, el tiempo de asistencia a los cursos se considerará como de trabajo efectivo.

6. Con el fin de actualizar o perfeccionar sus conocimientos profesionales, el personal tendrá derecho a asistir, como mínimo cada dos años, a un curso de formación profesional específico directamente relacionado con las funciones desempeñadas en el puesto de trabajo. Siempre que no resulte afectado el funcionamiento de la organización, tal derecho podrá volver a ejercitarse aun cuando no haya transcurrido el citado límite temporal. Durante la asistencia a tales cursos se disfrutará de los siguientes beneficios:

a) Una reducción de la jornada de trabajo en un número de horas igual a la mitad del que se dedica a la asistencia a dichas clases.

b) Cuando el curso pueda realizarse en régimen de plena dedicación y esta medida resulte más conveniente para la organización del trabajo, la Administración podrá concretar con el personal la concesión de un permiso de formación o perfeccionamiento profesional, con reserva del puesto de trabajo y percibo de haberes, y por el tiempo de duración justificada que tenga el curso. Asimismo, cuando el curso sea organizado por la Administración de la Junta de Andalucía, se dará publicidad en todos los centros dependientes de la misma, teniendo el personal derecho a recibir las indemnizaciones por razón de servicio que, en su caso, correspondan.

7. La Administración podrá acordar la asistencia del personal a seminarios, mesas redondas o congresos que versen sobre materias propias de su categoría profesional o del trabajo específico que desarrolle, cuando de la asistencia a los mismos se puedan derivar beneficios para los servicios. La asistencia será voluntaria para el personal, al que le será abonado, además de su salario, los gastos de viaje e indemnizaciones en los casos que corresponda. La designación para la asistencia a dichos encuentros se realizará de forma rotativa entre el personal que reúna las características necesarias para un buen aprovechamiento del mismo.

Cuando sea el personal el que solicite la asistencia a dichos acontecimientos corresponderá a la Administración la decisión sobre la asistencia, atendiendo a la materia a tratar y al interés de la misma para los trabajos y objetivos del servicio, previa consulta con la representación del personal. En estos casos, se devengarán

gastos de viaje, dietas, matriculación y se abonará el salario íntegro correspondiente.

8. La Subcomisión de Formación Profesional y Perfeccionamiento estudiará planes de formación que, una vez acordados en la Comisión del Convenio, se pondrán en práctica durante la vigencia de este Convenio. A esos efectos, estudiará las propuestas y planes de formación que eleven las Consejerías, Organismos Autónomos y Organizaciones Sindicales firmantes. Asimismo, la Comisión velará por el cumplimiento de los compromisos que en materia de formación se adapten en el ámbito del presente Convenio.

9. La Junta de Andalucía incluirá en su presupuesto anual una partida dedicada a la formación profesional y perfeccionamiento del personal laboral para asegurar la ejecución de los planes y objetivos de formación señalados en el apartado anterior, una vez ratificados por la Comisión del Convenio".

Las referencias a la materia que tratamos no concluye con el extenso transcrito precepto, sino que podemos subrayar algunas otras. A saber:

- La declaración, como criterio inspirador de la organización del trabajo, de "La mejora de la calidad del empleo público, buscando la profesionalización, la promoción y la formación del personal" [art. 12.1, b)].

- En la regulación de la selección de personal nos habla de que en la puntuación de la fase de concurso se valorarán los "Cursos de formación o perfeccionamiento..." [art. 16.4,c)].

- En la promoción por concurso para las categorías profesionales será requisito indispensable "...el haber superado un curso de habilitación impartido por el Instituto Andaluz de Administración Pública específico para cada categoría profesional a la que se aspire..."⁵⁴⁹ (art. 17.3).

- En el sistema de promoción por concurso se valorará como mérito "La realización de cursos de formación y perfeccionamiento directamente relacionados con la categoría a la que se opta y aquellos cursos que se mencionen en la convocatoria" (art. 14.4, b), párrafo segundo.

- En la movilidad por disminución de la capacidad del personal, "Cuando las circunstancias así lo requieran, será precisa la previa formación profesional pertinente para la adaptación al nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Administración" (art. 23.1, párrafo segundo).

- Reconocimiento del derecho del trabajador a la asistencia a cursos de formación profesional (a cuya participación deberá ser convocado por la Administración, especialmente con motivo de su reincorporación), incluso durante el período en que el personal permanezca en situación de excedencia (art. 34.5).

- La concesión de permisos por "razones de formación" (art. 36.3).

⁵⁴⁹ Con posibilidad de excepcionarse de la realización de este curso aquellas categorías del grupo V, en razón a las funciones de las mismas, que se determinarán en la Comisión del Convenio.

- La obligación de la Junta de Andalucía, en materia de prevención de riesgos laborales, de garantizar una formación práctica y adecuada en estas materias, especialmente cuando se produzcan cambios de puesto de trabajo o se precise aplicar nuevas técnicas, equipos y materiales susceptibles de ocasionar riesgos para el propio trabajador o trabajadora, para sus compañeros o compañeras o para terceras personas (art. 50⁵⁵⁰).

4.- Incumplimiento del deber.

4.1.- Ámbito disciplinario.

Como en otros anteriores deberes, en el presente se ha de volver a señalar que la trasgresión del mismo no se encuentra tipificada de forma específica en los respectivos regímenes disciplinarios de aplicación, por lo que hemos de dirigirnos a los tipos de carácter general que se contienen en el mismo. Ahora bien, es necesario puntualizar que el

⁵⁵⁰ El contenido completo del artículo 50 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, es el siguiente:

“1. La Administración de la Junta de Andalucía está obligada a promover, formular y poner en aplicación una adecuada política de prevención de riesgos laborales en sus Organismos y centros de trabajo, así como a facilitar la participación del personal en la misma y a garantizar una formación práctica y adecuada en estas materias, especialmente cuando se produzcan cambios de puesto de trabajo o se precise aplicar nuevas técnicas, equipos y materiales susceptibles de ocasionar riesgos para el propio trabajador o trabajadora, para sus compañeros o compañeras o para terceras personas. El personal está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas que se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, con el correspondiente descuento, en este último caso, del tiempo invertido en las mismas de la jornada laboral.- 2. Los Servicios de Prevención propios, creados por el Decreto 117/2000, de 11 de abril, son los instrumentos de la acción preventiva que deben garantizar el derecho del personal a una adecuada protección de su seguridad y salud, así como el establecimiento de los instrumentos para su control, proporcionando a los órganos, entidades y organismos de la Administración de la Junta de Andalucía el asesoramiento y apoyo que precisen en función de los tipos de riesgos en ella existentes en lo referente a: a) El diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva. b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud del personal en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.- c) La determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia.- d) La información y formación del personal.- e) La determinación de los medios para la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.- f) La vigilancia de la salud del personal en relación con los riesgos derivados del trabajo.- g) La información y asesoramiento a los órganos de participación y representación.- 3. Anualmente se proporcionará la formación especializada necesaria en función de las necesidades y especificidades de cada ámbito sectorial y de acuerdo con los programas de formación que establezcan los Servicios de Prevención propios en aplicación de la normativa vigente”.

Estatuto Básico del Empleado Público no contiene tipo genérico susceptible de utilizar en la tarea que nos ocupa.

Por otra parte, se recuerda que en los indicados tipos generales (en el sentido de que amparan el incumplimiento de cuantos deberes impone al personal el marco jurídico de aplicación), la calificación jurídica se determina por defecto en el caso de las infracciones graves y leves, como en el presente caso.

4.1.1.- Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Volvemos a encontrarnos, como puede deducirse de lo antes indicado, que el régimen disciplinario previsto en la Ley 7/2007 no prevé tipo alguno -ni específico ni general- en el que se pueda subsumir la conducta trasgresora del deber que nos ocupa; excepción hecha del supuesto (*rara avis*), en el que concurra la "esencialidad" funcional contemplada en el artículo 95.2, letra g) de la indicada disposición formal ("*El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas*").

También es de repetir en el presente caso que se ha de estar a lo que resulte del desarrollo por las Comunidades Autónomas de lo previsto en el artículo 95, números 2 [letra p)] y 3, de la Ley 7/2007.

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

La Ley 55/2003 nos presenta las siguientes calificaciones jurídicas y descripciones de tipos:

a) Infracción muy grave: En el artículo 72.2,f) de la Ley 55/2003 se repite el tipo calificado como infracción de carácter grave, si bien añadiéndole el plus de la notoriedad del incumplimiento del personal estatutario. A saber:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: Si la conducta negativa tiene entidad suficiente, nos encontraríamos con la calificación prevista en el artículo 72.3, c) de la Ley 55/2003:

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituyan falta muy grave".

Infracción leve: La calificación jurídica de este carácter se corresponde con el supuesto de hecho previsto en el artículo 72.4, f) de la Ley 55/2003, como

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

Como ya ha sido indicado, no es modelo de seguridad jurídica la utilización subsidiaria que posibilita, *in fine*, el precepto transcrito.

4.1.2.2.- Personal funcionario.

Se contempla por el artículo 8.1, e) del Real Decreto 33/1986, para los hechos que trasgredan el deber, la calificación de infracción de carácter leve, con el siguiente contenido:

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

En el régimen disciplinario de aplicación al personal funcionario no es posible la calificación del hecho trasgresor del deber como infracción de carácter grave o muy grave por carencia de los correspondientes tipos; ya que en los tipos previstos para las indicadas calificaciones jurídicas no resulta posible subsumir la conducta negativa que atente contra el presente deber.

4.1.2.3.- Personal laboral.

Para este tipo de personal se establece en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, como infracción de carácter grave (artículo 44.5)

"...el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

Siguiendo el discurso expuesto en el caso de otros deberes, se ha de indicar que el único deber que podría tenerse por trasgredido es el definido en el apartado a), como "*Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia*".

Podría afirmarse que la conducta que incumpla el presente deber no tiene un encaje exento de dificultad en el tipo transcrito; si bien, tampoco podría ser rechazado *prima facie*.

4.2.- Ámbito penal.

En ningún momento podría dar lugar a plantearse la existencia de responsabilidad penal por conducta que trasgrediera el presente deber; precisamente, por inexistencia de su tipificación en el Código penal.

XIV. DEBER DE CUMPLIR LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

1.- Introducción.

En el ámbito de la Unión Europea se decidió (con el Acta Única Europea y la instauración del Mercado Interior Único), la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad y salud en el trabajo, con carácter de disposiciones mínimas, adoptándose un cuerpo normativo específico con la base jurídica del entonces artículo 118 (actual artículo 137) del Tratado de la Comunidad Europea.

Dicho cuerpo normativo viene encabezado por la Directiva Marco 89/391/CEE⁵⁵¹, que contiene el marco jurídico general de la política de prevención comunitaria y que a lo largo de los años se ha ido complementando con directivas específicas.

El citado grupo o marco comunitario se completa con el artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como con el artículo II-91.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que reconocen el derecho de todo trabajador a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

En el ámbito del Derecho interno, la materia seguridad y salud en el trabajo se ha tenido en cuenta al más alto nivel normativo. Prueba de ello es el artículo

⁵⁵¹ Referencia LCEur 1989\854, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

40.2 de la Constitución, que se dirige a los poderes públicos para encomendarles que velen *"...por la seguridad e higiene en el trabajo..."*.

Este mandato constitucional ha determinado que fuese aprobada por las Cortes Generales la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que estableció el deber de cumplir las normas en materia de seguridad y salud para el personal que preste servicios en todas y cada una de las Administraciones Públicas existentes, en cuanto contempla, por un lado, que es de *"...aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la Ley o en sus normas de desarrollo"* (art. 3.1, párrafo primero, de la ley 31/1995)⁵⁵².

Al mismo tiempo, la Ley señala que cuando se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, el personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario, así como la Administración Pública para la que se presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de dicha Ley (art. 3.1, párrafo segundo, de la ley 31/1995).

⁵⁵² Las excepciones de su aplicación en el ámbito de las funciones públicas se establecen en el artículo 3, número 2 (policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública), con particularidades en su punto 3 (centros y establecimientos militares y establecimientos penitenciarios).

Referido, que ha sido, el carácter prácticamente universal del ámbito de aplicación de la Ley 31/1995 en el ámbito de las funciones públicas y, consiguientemente, del deber que nos ocupa, pasamos a examinar su aplicación a las distintas categorías de personal.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El epigrafiado Estatuto contempla el deber que nos ocupa en su artículo 54.8, como principio de conducta de los empleados públicos, requiriendo de éstos que

"Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral".

Es otro deber que tiene su recíproco derecho reconocido expresamente en el artículo 14, letra l) del indicado texto legal (derecho *"A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo"*), y que resalta por su breve expresividad.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El deber se contempla expresamente en la Ley 53/2003 (norma específica reguladora del régimen jurídico del personal estatutario), si bien, como ya ha sido indicado, su cumplimiento era obligado desde la entrada en vigor de la Ley 31/1995, para todo trabajador o empleado público.

Ley aquélla, cuyo artículo 19, m) nos dice que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a

"Cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia".

3.2.- Personal funcionario.

El personal funcionario no tenía establecido este deber de forma directa o expresa en la norma o normas que establecían el marco jurídico funcional⁵⁵³, pero sí como deber derivado del artículo 29.1 de la Ley 31/1995, dedicado a las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos, cuyo contenido viene a ser meridianamente claro:

"Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario".

Desde la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público no se podría referir la indicada ausencia, ya que cambió la situación al ser éste de aplicación al personal que nos ocupa.

⁵⁵³ Esto ocurría exactamente igual con el personal estatutario con anterioridad a la aprobación de la Ley 55/2003, esto es, con la vigencia de los Estatutos de Personal que establecían el régimen jurídico de los tres estamentos de personal que prestaban y prestan servicios en los centros sanitarios.

3.3.- Personal laboral.

Uno de los deberes básicos que a los trabajadores le impone su Estatuto (Ley del Estatuto de los Trabajadores) es el contemplado en su artículo 5, b), esto es,

"Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten".

A mayor abundamiento, el artículo 19.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores vuelve a tratar sobre la materia *"seguridad e higiene"* para hacer hincapié en el mismo deber, si bien con expresión diferente. A saber:

"El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene".

Finalmente, al hilo de la obligación que se establece para el empresario de *"facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros"*; se establece un nuevo deber, relacionado con la materia que nos ocupa, disponiendo que el trabajador

"...está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las

mismas" (art. 19.4, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Finalmente, se ha de tener en cuenta que a esta clase de personal también le es de aplicación el deber previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

3.4.- Personal estatutario, funcionario y laboral.

Además del ámbito de aplicación que contempla el artículo 3 de la Ley 31/1995, se ha de tener presente (respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas) que el artículo 29 de dicho texto legal (en parte transcrito anteriormente), tiene carácter básico al haber sido dictado al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución (disposición adicional tercera, punto 2, de la Ley 31/1995)⁵⁵⁴, y, por ende, es de aplicación a todas las Administraciones Públicas.

⁵⁵⁴ En general, la disposición adicional tercera se expresa de la forma siguiente:

"1. Esta Ley, así como las normas reglamentarias que dicte el Gobierno en virtud de lo establecido en el artículo 6, constituyen legislación laboral, dictada al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución.

2. Respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, la presente Ley será de aplicación en los siguientes términos:

a) Los artículos que a continuación se relacionan constituyen normas básicas en el sentido previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución: 2. 3, apartados 1 y 2, excepto el párrafo segundo. 4. 5, apartado 1. 12. 14, apartados 1, 2, excepto la remisión al Capítulo IV, 3, 4 y 5. 15. 16. 17. 18, apartados 1 y 2, excepto remisión al Capítulo V. 19, apartados 1 y 2, excepto referencia a la impartición por medios propios o concertados; 20. 21.22.23.24, apartados 1, 2 y 3.25. 26.28, apartados 1, párrafos primero y segundo, 2, 3 y 4, excepto en lo relativo a las empresas de trabajo temporal. 29. 30, apartados 1, 2, excepto la remisión al artículo 6.1 a), 3 y 4, excepto la remisión al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 31, apartados 1, excepto remisión al artículo 6.1 a), 2, 3 y 4. 33. 34, apartados 1, párrafo primero, 2 y 3, excepto párrafo segundo. 35, apartados 1, 2, párrafo primero y 4, párrafo tercero. 36, excepto las referencias al Comité de Seguridad y Salud. 37, apartados 2 y 4. 42, apartado 1. 45, apartado 1, párrafo tercero. Disposición adicional cuarta. Designación de Delegados de Prevención en supuestos especiales. Disposición transitoria, apartado 3º.

Tendrán este mismo carácter básico, en lo que corresponda, las normas reglamentarias que dicte el Gobierno en virtud de lo establecido en el artículo 6 de esta Ley.

b) En el ámbito de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, las funciones que la Ley atribuye a las autoridades laborales y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrán ser atribuidas a órganos diferentes.

3.4.1.- Obligaciones de carácter diverso.

De acuerdo con lo anteriormente expresado, a uno y otro tipo de personal le es de aplicación, con la adaptación, en su caso, que requiera su especificidad, lo previsto en el punto 2 del citado artículo 29, que pasamos a exponer:

“Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:

1º Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.

2º Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

3º No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.

4º Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para

c) Los restantes preceptos serán de aplicación general en defecto de normativa específica dictada por las Administraciones públicas, a excepción de lo que resulte inaplicable a las mismas por su propia naturaleza jurídico-laboral.

3. El artículo 54 constituye legislación básica de contratos administrativos, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución”.

realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

5º Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

6º Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores"⁵⁵⁵.

3.4.2.- El examen de la salud del personal: su reconocimiento médico.

No concluyen las obligaciones del personal en lo ya manifestado, por cuanto el artículo 22.1 de la Ley 31/1995 (en correlación con el deber previsto en el artículo 29.1 de la propia Ley), nos habla de la obligación que le incumbe al trabajador (si bien, como excepción al derecho que le asiste de negarse a cualquier medida de vigilancia de su salud) de someterse a reconocimiento médico -previo informe de los representantes de los trabajadores- cuando la realización del mismo sea imprescindible:

a) Para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.

⁵⁵⁵ El presente ordinal será integrado, formando parte del mismo, en el deber de colaboración, cooperación o participación, que es desarrollado independientemente.

b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

c) Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Para quien se someta al citado reconocimiento médico, tanto en supuesto voluntario como obligatorio, el indicado artículo contiene los siguientes mandatos:

- En todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

- Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

- Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

- Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades

sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

- En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que se determinen reglamentariamente.

- Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

La cuestión central que subyace en el deber del trabajador de someterse a reconocimiento médico cuando concurren las circunstancias que contempla el artículo 22 de la ley 31/1995, no es otra que la posible colisión con los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, a la integridad física y a la intimidad personal (respectivamente, artículos 15 y 18.1 de la Constitución), tutelados a través del procedimiento para

la protección de los derechos fundamentales de la persona⁵⁵⁶ y del recurso de amparo⁵⁵⁷, referidos ambos en el artículo 53.2 del indicado texto constitucional.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 1 de julio de 1998,⁵⁵⁸ contempla el caso de un trabajador de la Universidad de Cádiz que se negó a someterse al reconocimiento médico que postulaba dicha Institución académica.

En lo que aquí nos afecta, tenemos que reseñar que, previo ejercicio de la potestad disciplinaria, el trabajador es sancionado y, posteriormente, suspendido provisionalmente de asistir a su puesto de trabajo; medida que recurre ante el Juzgado pidiendo "*...que se declarase que el acto administrativo de la Universidad de Cádiz (...) vulnera su derecho fundamental a la integridad física e intimidad personal...*"; *petitum* que no fue estimado. Contra la sentencia interpuso recurso de suplicación alegando, entre otros, "*...infracción del artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, puesto en relación con los artículos 10, 15 y 18 de la propia Constitución...*" (fundamento de Derecho segundo, párrafo primero).

El Tribunal Superior de Justicia rechaza la infracción denunciada "*...pues el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, prevé como excepción a la voluntariedad del trabajador al sometimiento de*

⁵⁵⁶ A partir de la vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona se encuentra recogido en su título V, capítulo I.

⁵⁵⁷ El recurso de amparo, además de la referencia que se hace del mismo en el artículo 161.1, b) de la Constitución, se encuentra regulado en el título III de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal constitucional.

⁵⁵⁸ Referencia AS 1998\3377, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

reconocimiento médico los supuestos en que el estado de salud de aquél pueda constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa; excepción que encaja en el supuesto enjuiciado, pues después de haber sido objeto de sanción el actor con suspensión de empleo y sueldo por veinte días por haberse negado a reconocimiento médico, judicialmente ratificada, es de nuevo requerido por escrito de 4 de septiembre de 1996, en el que se le indican las razones del pretendido reconocimiento médico de carácter psicológico -el extravagante comportamiento del actor que hacía razonablemente presumir distorsiones psicológicas graves, que no sólo dificultaban en gran medida la normal relación con profesores y compañeros, sino que podría tener también serias repercusiones en la salud o integridad del propio actor, compañeros profesores y en el mismo alumnado- lo que hacía justificado y razonable el reconocimiento médico pretendido, pues no es adecuado esperar a que el peligro para su estado de salud o el de otras personas con él relacionadas por motivos de su puesto de trabajo, se concrete en un daño o lesión real para adoptar una medida que lo que pretende es evitarlo".

4.- Interrelaciones jurídicas.

En el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía fueron creados Servicios de Prevención propios en materia de riesgos laborales mediante Decreto 117/2000, de 11 de abril, cuyo ámbito de aplicación comprende tanto las relaciones de carácter administrativo o estatutario como la relación de carácter laboral, cuando la posición de empleador sea ocupada por la indicada Administración.

Con posterioridad, se creó el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales mediante Ley 10/2006, de 26 de diciembre⁵⁵⁹, como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 1), con las siguientes funciones y fines (art. 3):

1) Fines: los fines generales son los siguientes: "*...fomentar la cultura preventiva en Andalucía, el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud laborales, así como la promoción y apoyo de la mejora de las mismas, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas, a los trabajadores autónomos y a los sectores de mayor riesgo*" (número 1 del artículo).

2) Funciones: para el cumplimiento de los indicados fines, tiene las siguientes funciones:

"a) *El fomento de la cultura preventiva en el ámbito laboral en Andalucía, así como la difusión y enriquecimiento de la misma.*

b) *El análisis y el estudio de las condiciones de trabajo relativas a la seguridad y salud laborales en Andalucía, sin perjuicio de las atribuidas a la Administración competente en materia de prevención de riesgos laborales.*

c) *El análisis y el estudio de la siniestralidad laboral, con referencia a la accidentalidad y a las enfermedades profesionales.*

d) *La realización de actividades de formación en materia de prevención de riesgos laborales, así como la implantación*

⁵⁵⁹ Referencia LAN 2006\611, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

de programas de formación en sectores productivos, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas y los colectivos en situación de mayor riesgo, así como a los trabajadores autónomos.

e) La organización de campañas de difusión de la cultura de la prevención en el ámbito laboral entre empresas y personas trabajadoras.

f) La creación de foros de encuentro de los agentes implicados en seguridad y salud laborales, para debates, propuestas y consultas.

g) La realización de acciones de información y asesoramiento en materia de prevención de riesgos laborales en sectores productivos, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas y los colectivos en situación de mayor riesgo, así como a los trabajadores autónomos.

h) El establecimiento de canales de estudio e investigación que sirvan de soporte a la política pública andaluza de seguridad y salud laborales.

i) El apoyo de iniciativas y programas de interés social en materia de seguridad y salud laborales.

j) El seguimiento de la incidencia de las enfermedades profesionales en Andalucía.

k) La divulgación de recomendaciones de carácter técnico.

l) La formación de nuevos empresarios.

m) Cualquiera otra que, por su naturaleza o finalidad, pudiera o debiera ser asumida por el mismo.

n) Las restantes que puedan serle atribuidas por la normativa aplicable".

Asimismo, pero ya en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, la Orden de 11 de marzo de 2004, crea las Unidades de Prevención propias en los Centros Asistenciales de dicho Organismo Autónomo, con "...las funciones que se derivan de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de los Servicios de Prevención...", entre las que se encuentra "La vigilancia y control de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo" [art.7.1, f)]

5.- Incumplimiento del deber.

La trasgresión del deber que nos ocupa sólo tiene proyección disciplinaria, ya que, si bien, la materia de la que trata el deber ha sido acogida en el Código penal elevándola a la categoría de delito, el tipo previsto sólo incrimina a los empresarios. En este sentido, se ha de señalar que los tipos se encuentran recogidos en los artículos 316, 317 y 318 del Código penal.

En tal orden de cuestiones, el artículo 29.3 de la Ley 31/1995 establece que "El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos (...) tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁶⁰ o de falta, en su caso,

⁵⁶⁰ El artículo 58. 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores indica que: "Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la

conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos⁵⁶¹ o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas”⁵⁶².

5.1.- Ámbito disciplinario.

Pasamos al examen de cada una de las clases de personal aludida anteriormente, contemplando la calificación jurídica a que pueden dar lugar los hechos que trasgreden el deber de cumplir las normas sobre seguridad y salud en el trabajo.

5.1.1.- Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

No es contemplado por la Ley 7/2007 el incumplimiento del deber entre los tipos que prevé con calificación jurídica de faltas de carácter muy grave.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

La Ley 55/2003 prevé, de forma específica para el deber que nos ocupa, los tres tipos de infracciones existentes en el ámbito disciplinario. A saber:

graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”.

⁵⁶¹ El régimen disciplinario de los funcionarios públicos se contempla, como ya ha sido expuesto, en la Ley 7/2007, de 12 de abril, y en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, en todo lo que no contradiga o se oponga a la citada Ley.

⁵⁶² Así mismo, ya conocemos que el régimen disciplinario del personal estatutario se encuentra previsto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

a) Infracción muy grave: el artículo 72.2, u) de la Ley 55/2003 considera como infracción de tal carácter

"La negativa expresa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales, así como la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección".

b) Infracción grave: El artículo 72.3,m) establece que tiene la consideración de infracción grave

"La negligencia en la utilización de los medios disponibles y en el seguimiento de las normas para la prevención de riesgos laborales, cuando haya información y formación adecuadas y los medios técnicos indicados, así como el descuido en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien no tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección".

c) Infracción leve: Finalmente, nos dice el artículo 72.4,e) de la ley 55/2003 que tendrán la consideración de falta leve

"El descuido en el cumplimiento de las disposiciones expresas sobre seguridad y salud".

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Contrariamente a lo que ocurre con el personal estatutario, no existe en el Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, tipificación específica prevista. Ello es debido a que en la fecha de la aprobación del citado Reglamento aún no había sido, como es obvio, promulgada la ley 31/1995, y, a su vez, a que con posterioridad a la aprobación de esta disposición formal, no se han producido las modificaciones necesarias para recoger los tipos que contemplen, de forma específica, los incumplimientos de que tratamos.

Tal situación no la ha cambiado el Estatuto Básico del Empleado Público, por cuanto no contempla -como ya ha sido dicho-, entre las faltas muy graves, tipo alguno al respecto. Distinta puede ser la situación una vez desarrollado lo previsto en el artículo 95, números 2 [letra p)] y 3 de dicho Estatuto.

No obstante, el indicado Reglamento contiene un supuesto de hecho genérico o inespecífico en el que puede subsumirse -no sin cierto debilidad jurídica- la conducta negativa que atente contra el deber que nos ocupa, calificándola como infracción de carácter leve y definiéndola en el artículo 8,e) del Real Decreto 33/1986, como *"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave"*.

Como en otros deberes, estamos en presencia de una tipificación que admite, por defecto, calificación jurídica de más elevada trascendencia punitiva. Sin embargo, ello tiene siempre una exigencia impuesta por el principio de

tipicidad⁵⁶³: que hubiere tipo, previa y expresamente previsto, en norma legal (tanto en el caso de infracciones muy graves como en el caso de infracciones graves), para poder subsumir los hechos en el mismo.

Además de ello, dependiendo de los hechos -tendríamos que estar al caso concreto- la letra d), del artículo 8, del indicado Real Decreto, contiene un nuevo tipo que sería susceptible de ser aplicado en determinadas conductas -sin dejar de mencionar la debilidad técnica que conllevaría-, definiéndose como "El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones".

5.1.2.3.- Personal laboral.

En el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía nos encontramos con tipificaciones específicas que definen la acción u omisión vulneradora del deber.

a) Infracción muy grave: El artículo 43.8 contempla el supuesto de hecho que define como

"El incumplimiento o abandono de las normas y medidas de prevención de riesgos laborales, cuando de los mismos se deriven graves riesgos o daños para el trabajador o trabajadora, o para terceros".

⁵⁶³ El principio de tipicidad, junto al principio de legalidad, se reconocen en el artículo 25 de la Constitución. Ambos principios han tenido su reflejo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En concreto, el principio de tipicidad se recoge en el artículo 129, cuyo número 1 indica que "Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones en una Ley...". Por ende, el principio de tipicidad exige que el hecho u omisión que se pretende sancionar ha de estar "estrictamente determinado" (expresión utilizada en la sentencia del Tribunal Constitucional, de 19-02-1991) como infracción en la Ley. A la hora de la aplicación técnico-jurídica del principio, el Tribunal Constitucional, en su sentencia número 77/2006, de 13 marzo (referencia RTC 2006\77) dice a la Administración Pública como ha de actuar: "...el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción...".

b) Infracción grave: Con esta calificación jurídica se establece el tipo previsto en el artículo 44.5 del Convenio Colectivo que nos ocupa, definiéndolo como

"...el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores.

De la remisión que se realiza nos interesa la correspondiente al apartado b), ya que contiene como deber básico del trabajador el "Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten".

5.2.- Ámbito penal.

En principio, por el mero hecho de incumplir las normas sobre prevención de riesgos laborales no se incurre en responsabilidad penal. No podría afirmarse lo mismo si atendemos al resultado que podría producirse como consecuencia de ese incumplimiento. Por ende, habrá que estar al caso concreto, por cuanto no podemos olvidar la regulación que, sobre la materia, contiene el Código penal. Así:

- El Artículo 316 nos habla de la omisión de medidas de seguridad e higiene: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

- El artículo 317 se refiere a la omisión de medidas por imprudencia grave: *"Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado"*.

- Por último, el artículo 318 se dirige a las personas jurídicas: *"Cuando los hechos previstos en los artículos de este título⁵⁶⁴ se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código"*.

564 El título al que se alude es número XV, del libro II, denominado "De los delitos contra los derechos de los trabajadores".

XV. DEBER DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN O PARTICIPACIÓN

1.- Introducción.

Reunimos en el presente deber⁵⁶⁵ diferentes manifestaciones de la colaboración exigida al personal que presta servicios en el sector sanitario, recogidas, en el caso del personal estatutario, de forma diferenciada, esto es, en apartados distintos del mismo artículo, como veremos después.

Desde ya conviene advertir que ha sido tratado de forma independiente, es decir, como deber distinto (en apartado II -"Deber de colaboración profesional por razones de urgencia o necesidad"-, del presente capítulo y título) la manifestación de colaboración que le es exigida al indicado personal estatutario en la letra f), del artículo 19, de la Ley 55/2003, al distinguirse aquél deber no sólo por su naturaleza, sino, a su vez, por su especificidad⁵⁶⁶.

Expuesto lo anterior, es conveniente añadir que, aún cuando podríamos considerar, *prima facie*, los términos colaboración, cooperación y participación como vocablos diferenciados, la realidad lingüística que se nos representa nos permite considerar aquéllos como

⁵⁶⁵ Los antecedentes normativos del presente deber -ya derogados-, se concretaban, en lo que afecta al personal estatutario, en el artículo 53.2 del Estatuto de Personal no Sanitario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 5 de julio de 1971, y en el artículo 55 y 56.1 y 3 del Estatuto de Personal no Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973 (en el Estatuto Jurídico del Personal Médico, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, no era recogido el deber de colaboración y cooperación, ni directa ni indirectamente).

⁵⁶⁶ El artículo 19, f) indica que el personal estatutario viene obligado a "Prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad".

sinónimos⁵⁶⁷. A ello sumamos la significación de los términos que nos ofrece la Real Academia de la Lengua Española, con acepciones comunes en lo esencial⁵⁶⁸.

En el marco jurídico que nos ocupa, cierto es, que tales términos, en lo que afecta a su utilización, se encuentran ubicados en preceptos y normas distintas y sirviendo contenidos diferentes; pero ello, si no se quiere caer en cierta confusión e inseguridad, no es suficiente para descartar su agrupación en un solo deber.

Aún más, si recordamos el primer criterio hermenéutico de los contemplados en el artículo 3.1 del título preliminar del Código civil ("*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...*"), y, por consiguiente, la significación o concepto que la referida Real Academia de la Lengua Española ofrece de los términos que nos ocupan (sin olvidar la indicada consideración de términos sinónimos⁵⁶⁹); tendremos que asumir que es procedente estructurar o desarrollar el presente deber haciéndolo comprensivo de los susodichos términos.

Una vez realizada la anterior introducción, pasamos a examinar el deber de colaboración, cooperación o participación del personal que presta servicios en la Administración Pública Sanitaria⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Siguiendo el "*Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos*", de Federico Carlos Sainz de Robles.

⁵⁶⁸ Participar: "*Dicho de una persona: Tomar parte en algo*".- Colaborar: "*Trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra*"; "*ayudar con otros al logro de un fin*".- Cooperar: "*Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin*".

⁵⁶⁹ Según el "*Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos*" de Federico Carlos Sainz de Robles.

⁵⁷⁰ No sin antes reflejar que el deber de colaboración lo exige también a los ciudadanos el artículo 8.2 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, respecto de los servicios sanitarios en Andalucía,

2.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ninguno de los deberes o principios contemplados en su artículo 52, en su artículo 53 (principios éticos) o en su artículo 54 (principios de conducta), se refieren al deber que nos ocupa. Esta carencia debería ser suplida en lo que no lo esté⁵⁷¹ en el desarrollo, en su caso, de lo previsto en el artículo 95.2, [letra p)], y 3, en cuanto es un deber que tiene un fácil reflejo en la actuación de todo empleado público.

3.- Regulación específica relativa al Personal.

3.1.- Personal estatutario.

El deber que acapara nuestra atención es de los denominados directos y, como podría fácilmente postularse, en razón de su propia esencia no se encuentra referido a una sola actividad, sino que, en sus dos manifestaciones, se proyecta sobre diferentes temáticas (como seguidamente se observará); si bien, podría cumplir la misma función e incluso desplegar mayor eficacia, si se recogiera en la norma jurídica en única manifestación que comprendiera toda posible actividad.

La proyección positiva de este deber se ubica y concreta como, seguidamente, se expone:

a) En el artículo 19, d), in fine, de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que se manifiesta señalando que el

imponiendo que han de “*Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de los centros*”.

⁵⁷¹ Como después veremos, con anterioridad a la aprobación de la Ley 7/2007 existía y existe contemplado el deber de forma expresa.

personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a

"...colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo"⁵⁷².

b) Por su parte, en el apartado e) de igual precepto y disposición jurídica, encontramos la obligación del personal estatutario de los Servicios de Salud de

"Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios".

c) Finalmente, es importante reflejar que en el artículo 17.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se contempla otra manifestación de este deber, referida a la historia clínica de los pacientes, tal como sigue:

"Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes".

⁵⁷² El contenido íntegro de la letra d) del artículo 19 señala que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a *"Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo"*.

Como puede colegirse en la presente manifestación, el deber de colaborar, cooperar o participar se circunscribe a los profesionales sanitarios, excluyendo, por tanto, a todo aquel personal que no tenga tal carácter.

No cabe duda de que en la expresión anterior, el deber se encuentra directamente ligado al también deber de cumplimentación documental, el cual es tratado o examinado a continuación del presente deber.

3.2.- Personal funcionario.

Anteriormente a la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 76 (derogado por éste⁵⁷³) del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Decreto 315/1964, de 7 de febrero, contemplaba el presente deber (*"Los funcionarios vienen obligados (...) a colaborar lealmente con sus jefes y compañeros, cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa en la que se hallen destinados"*).

Actualmente, la referencia al término "colaboración" que queda vigente en el referido texto articulado se contiene en el artículo 23.4 del mismo: *"Los funcionarios del Cuerpo Administrativo desempeñarán las tareas administrativas normalmente de trámite y colaboración⁵⁷⁴ no asignadas al Cuerpo Técnico (...)"*.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la ausencia del deber en el Estatuto Básico del Empleado Público,

⁵⁷³ La disposición derogatoria única, letra a), de la Ley 7/2007, derogó expresamente el artículo 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

⁵⁷⁴ Subrayado por el autor.

actualmente el régimen jurídico del personal funcionario carece del deber que nos ocupa.

3.3.- Personal laboral.

El VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía no suele reflejar la obligación de colaborar, cooperar o participar⁵⁷⁵, salvo cuando contempla, en su anexo I, el catálogo y definiciones de las categorías profesionales que entran en su ámbito de aplicación.

En el sentido indicado, hemos de manifestar que existen un elevado número de categorías profesionales entre cuyas funciones se les atribuye la de colaboración y participación. Dentro de las categorías profesionales podemos referir, *ad exemplum*:

1) De carácter sanitario podemos referir las siguientes: a) Médico: colaborar y aplicar programas preventivos y asistenciales; programas especiales sobre medicina escolar y deportiva. b) Médico Rehabilitador: colaborar con la dirección, centros, instituciones, familiares y otros profesionales en materia de su competencia. c) Diplomado Enfermería: colaborar con el personal médico preparando el material y medicamentos que hayan de ser utilizados.

2) De carácter distinto al sanitario: a) Arqueólogo: colaborar en programas de investigación en materia

⁵⁷⁵ Aparece el término “colaboración” y “participación” en dos cuestiones ajenas al desempeño específico del puesto de trabajo, como puede ser: Cuando el artículo 36.5,2 del Convenio contempla para el personal fijo, la posibilidad de disfrutar de un período de permiso de hasta seis meses –sin retribución-, con posibilidad de ser ampliado, si acredita la colaboración con alguna organización no gubernamental; o bien, cuando el artículo 51.1 del Convenio se refiere a la participación del personal en la política de prevención de riesgos laborales en los organismos y centros de trabajo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

arqueológica en general. b) Pedagogo: participar en la elaboración y/o ejecución de programas sobre formación, recuperación y/o asistencia. c) Diplomado en Trabajo Social o Equivalente: colaborar y/o realizar estudios encaminados a conocer los aspectos sociales relativos a los beneficiarios.

3.4.- Personal estatutario, funcionario y laboral.

Como cuestión de previo pronunciamiento, recordaremos que en materia de prevención de riesgos laborales la normativa dictada es de aplicación a todo el personal que presta servicios en la Administración Pública, con independencia de su régimen jurídico de aplicación. En este sentido se pronuncia el artículo 3.1, referido al ámbito de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁷⁶.

Expuesto lo anterior, cabe decir que, en materia de prevención de riesgos laborales, incumbe a los trabajadores, siguiendo las órdenes del empresario (en nuestro caso, de las Administraciones Públicas correspondientes), el deber de

“Cooperar⁵⁷⁷ con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores” (art. 29.6 de la Ley 31/1995).

⁵⁷⁶ El contenido del artículo 3.1 de la Ley 31/1995 dice así: “1. Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo (...)”.

⁵⁷⁷ No subrayado en original.

Por ende, nos encontramos con un deber de cooperación en materia de prevención de riesgos laborales, que ha de ser cumplido tanto por el personal estatutario, como por el personal funcionario y el personal laboral.

4.- Incumplimiento del deber.

Teniendo presente la dimensión que le ha sido dada al presente deber, no puede atribuirse al personal, en caso de incumplimiento, más responsabilidad que la puramente disciplinaria. Ello no es óbice para que el resultado producido, consecuencia de la falta de colaboración o cooperación, pudiera hacerse acreedor de otro tipo de responsabilidad (civil, penal o administrativa).

En cuanto a los incumplimientos que afecten al anteriormente transcrito artículo 29.6 de la Ley 31/1995, nos remitimos al correspondiente epígrafe del "*Deber de cumplir las normas sobre seguridad y salud en el trabajo*" (apartado XIV, del presente capítulo y título).

4.1.- Ámbito disciplinario.

4.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Si la Ley 7/2007 no contemplaba el deber que nos ocupa -como ha sido dicho-, tampoco contempla, entre las faltas de carácter muy grave que establece, tipo alguno que reproche la conducta contraria al deber. Por ende, se ha de estar al desarrollo que pudiera producirse al amparo de lo previsto en el artículo 95.2 [letra p)], y 3 de dicha Ley.

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

Se regula un tipo no específico que presenta un haz de incertidumbre jurídica suficiente como para descartarlo *a priori*. Hablamos del artículo 72.3, letra c) de la Ley 55/2003, que considera responsable al personal que incurra en *"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave"*. De todas formas se reseña, por si el caso concreto controvertido pudiera reunir los elementos de hecho necesarios para poder aplicar el tipo trascrito.

Por el contrario, la letra f) del artículo 72.4 de la Ley 55/2003, se presenta con encaje distinto, por cuanto, a pesar de ser un tipo genérico (por cierto, calificado como falta leve), hace alusión directa y expresa al incumplimiento de deberes. Su contenido es el siguiente:

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

4.1.2.2.- Personal funcionario.

El tipo -único- que, de alguna forma, puede vincularse o guardar alguna conexión con el deber que nos ocupa, no es otro que el contemplado en el artículo 8,e) del Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero⁵⁷⁸, que considera como infracción de carácter leve

⁵⁷⁸ Aplicable, ya se sabe, en todo aquello que no contradiga o se oponga al régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

La tipificación por defecto que se nos ofrece, junto a la ausencia de referencia expresa a los deberes y obligaciones del funcionario en los tipos contenidos en las infracciones muy graves y graves, nos lleva a entender que la actividad jurídica de calificación no deja de ser compleja y, técnicamente hablando, insegura.

4.1.2.3.- Personal laboral.

El artículo 44.5 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, prevé como infracción de carácter grave la conducta definida como

"(...) el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c)⁵⁷⁹ del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

Resultando de ello que el apartado a) del artículo 5 (deberes básicos de los trabajadores) de la ley del Estatuto de los Trabajadores, requiere del trabajador el *"Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia"*.

⁵⁷⁹ El apartado a) y c) del artículo 5 (deberes básicos de los trabajadores) de la ley del Estatuto de los Trabajadores tiene, respectivamente, el siguiente contenido: *"Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia"* y *"Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas"*.

4.2.- Ámbito penal.

La simple ausencia de colaboración, cooperación o participación no da lugar a incurrir en una presunta responsabilidad penal. Distinto sería el pronunciamiento si como consecuencia de la referida ausencia se lesionaran bienes jurídicos amparados por el Código penal.

XVI. DEBER DE CUMPLIMENTACIÓN DOCUMENTAL

1.- Introducción.

La formación y actuación de carácter sanitario de la mayor parte del personal que desempeña sus tareas en los centros e instituciones del Servicio Andaluz de Salud y, en general, del Sistema Nacional de Salud, hacían necesario que un deber como el que nos ocupa fuese contemplado en el marco jurídico que regula el sector, sin dejar lugar a las dudas o a indeterminaciones. Así ha sido y así será evitada problemática interna, conflictos laborales y sumarios judiciales.

Es evidente que no se plantea la misma problemática en sectores públicos en los que a la actuación de los empleados públicos le es inherente y esencial la actividad de cumplimentar documentos administrativos.

2.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La especificidad del deber que se analiza, centrado en el personal sanitario, hacía suponer que la norma jurídica común de los empleados públicos no lo contemplara, como así es.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El deber es contemplado por la norma jurídica que regula el personal estatutario (Ley 55/2003) y, con anterioridad, por la Ley 41/2002; si bien, en esta Ley se dirige únicamente a los profesionales sanitarios.

Cabe apuntar, desde la perspectiva del derecho histórico, que los Estatutos de Personal, a los que después se aludirá, contemplaban este deber para el personal de carácter sanitario.

Con la finalidad de evitar que este supuesto de hecho pudiera confundirse con otros, conviene aclarar que, de acuerdo con el criterio hermenéutico gramatical previsto en el artículo 3.1, *ab initio*, del título preliminar del Código civil ("*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...*"), estamos ante la presencia de una acción que comprende "*rellenar (cubrir con los datos necesarios)*" la documentación, y/o "*poner en ejecución los despachos u órdenes superiores*" (diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acepciones 2 y 3).

Como antes se indicaba, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, contempla el presente deber en su artículo 19, letra 1), estipulando que el personal de los Servicios de Salud viene obligado a

"Cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica⁵⁸⁰ o administrativa establecidos

⁵⁸⁰ La documentación clínica es definida por la Ley 41/2002 como "*el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial*" (art. 3, p. 4º).

en la correspondiente institución, centro o Servicio de Salud".

Expuesto el contenido obligacional, conviene comentar que, siendo el deber aplicable a todo el personal estatutario que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o en centros o servicios sanitarios de la Administración General del Estado⁵⁸¹, no es menos cierto que su razón de ser -y esta es una cuestión *extra iuris*- la podríamos encontrar en una parte del personal sanitario y, fundamentalmente, en el personal facultativo.

Y ello es así porque no sólo ha sido recurrente el rechazo de cumplimentar determinada documentación con el discurso de que se era sanitario y no administrativo, sino que de ese rechazo se ha pasado, en ocasiones, a la mera resistencia, negándose a cumplimentar los documentos que se derivaban de la asistencia sanitaria que dicho personal prestaba a la población protegida por el sistema sanitario público.

En este orden de ideas, cabe recordar que tanto el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (en cuyo ámbito de aplicación comprendía no sólo al enunciado personal sino a cuantos profesionales con formación sanitaria y titulación superior, prestaban servicios en el sistema sanitario público), como el Estatuto de Personal no Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social contemplaban el deber de cumplimentar y dar curso a los documentos en sus artículos

⁵⁸¹ Así lo dispone el artículo 2.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

54.4 y 27.2, respectivamente. Precisamente, no ocurría igual con el tercero y último de los estatutos o colectivos adscritos a los centros, servicios e instituciones citados, por cuanto el Estatuto de Personal no Sanitario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social no establecía este deber⁵⁸².

La manifestación del deber que nos ocupa, según se ha indicado, se dirige exclusivamente al personal sanitario y se contempla en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, , cuyo artículo 23 establece que

"Los profesionales sanitarios, además de las obligaciones señaladas en materia de información clínica⁵⁸³, tienen el deber de cumplimentar los protocolos, registros, informes, estadísticas y demás documentación asistencial o administrativa, que guarden relación con los procesos clínicos en los que intervienen, y los que requieran los centros o servicios de salud competentes y las autoridades sanitarias, comprendidos los relacionados con la investigación médica y la información epidemiológica".

3.2.- Personal funcionario y laboral.

Para el personal funcionario no se contempla el deber en su régimen jurídico específico, ni en forma directa ni en forma indirecta. Obvio es decir que habrá que estar al

⁵⁸² Se ha de tener en cuenta que los tres Estatutos de Personal citados fueron derogados por la Ley 55/2003, manteniendo temporalmente en vigor una parte de los mismos.

⁵⁸³ La expresión "información clínica" se define por la Ley 41/2002 como "todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla" (art. 3, p. 6º).

uso que se haga de lo previsto en el artículo 2.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Exactamente igual que en el caso del personal funcionario se encuentra el personal laboral: no se está previsto el deber y hay que estar a la aplicación que se haga del artículo 2.3 de la Ley 55/2003.

4.- Incumplimiento del deber.

La trasgresión del deber de cumplimentación documental es susceptible de producir efectos únicamente en el ámbito disciplinario. A distinta conclusión se llegaría si se tratara, así mismo, el supuesto de alteración o modificación de los documentos que ha de ser cumplimentados, en cuyo caso entraríamos en el ámbito penal. Sin embargo, no es esta la conducta típica que nos ocupa en cuanto el alcance del supuesto de hecho que examinamos se circunscribe sin más, como antes se dice, a la conculcación de la obligación de cumplimentar, sin ninguna otra derivación jurídica, la documentación clínica y/o administrativa establecida.

4.1.- Ámbito disciplinario.

4.1.1.- Ley 2/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Tampoco el régimen disciplinario contemplado en la Ley 7/2007 nos dice nada sobre el presente deber. Dicho de otro modo, en las faltas de carácter muy grave previstas en el artículo 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, no es posible subsumir la conducta contraria al deber.

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

La actuación que contravenga el deber de cumplimentación documental puede hacerse acreedora de ser calificada como infracción de carácter leve, grave o muy grave; si bien, hay que anotar que en el régimen disciplinario de aplicación no se encuentra tipificada de forma específica la conducta de contravención del deber, sino que tendríamos que recurrir a los tipos que, de forma general, se refieren al incumplimiento de funciones, de deberes u obligaciones.

Atendiendo a ello, se ha de señalar que el personal estatutario puede incurrir, como consecuencia del incumplimiento del deber de cumplimentación documental en las siguientes infracciones:

a) Infracción muy grave: El tipo en el que es factible subsumir el incumplimiento del deber se encuentra previsto en el artículo 72.2, f) de la Ley 55/2003 con el siguiente contenido:

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: En la presente calificación jurídica nos encontramos con el tipo previsto en el artículo 72.3,c) de la Ley 55/2003, definido como

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

Podemos observar que la redacción del presente tipo es coincidente con el anterior salvo la calificación de notoriedad.

c) Infracción leve: el tipo que mejor responde a la conducta vulneradora del deber es el previsto en el artículo 72.4, letra f), de idéntica disposición formal, definido como

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

4.1.2.2.- Personal funcionario.

Nos encontramos con la misma situación jurídica que en el caso del personal estatutario, esto es, ante una ausencia de tipificación específica. Ahora bien, concurre, así mismo, una diferencia: el personal funcionario no cuenta, en su grupo de deberes, con el deber que nos ocupa. Esto nos lleva a no poder subsumir la conducta conculcadora de este deber en los tipos genéricos que hablan de incumplimiento de deberes o de funciones, lo cual conduce a que, por ausencia de tipificación, no pueda perseguirse disciplinariamente la conducta.

No obstante, si se entendiera que la cumplimentación de los documentos que se deriven de la actividad realizada es una actividad de carácter complementario a otra actividad sustancial atribuida al puesto de trabajo desempeñado, sí sería jurídicamente asumible considerar que

la conducta era subsumible en el supuesto de hecho previsto en el artículo 8, e) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, calificado de infracción de carácter leve y definido como

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave⁵⁸⁴".

4.1.2.3.- Personal laboral.

El discurso expuesto para el personal funcionario es aplicable a este personal laboral (no establecimiento del deber y, por ende, no posibilidad de recurrir a los tipos genéricos).

Así mismo, sería de aplicación la doctrina de las actividades o funciones sustanciales y complementarias. Por consiguiente, partiendo de tal premisa, podría decirse que la conducta transgresora del deber podría ser subsumida en el tipo previsto en el artículo 44.5 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, calificada con carácter grave y definida como

"...el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

Siendo, en este caso, el apartado a) el deber que complementara el tipo del citado artículo 44.5, esto es,

⁵⁸⁴ La posibilidad que se establece en el tipo transcrito de que pueda ser el hecho calificado como grave o muy grave es válido para otros deberes que encuentren su correspondencia debida en el tipo previsto en el régimen disciplinario de aplicación, pero no para este deber, como ya ha sido dicho, en tanto no existe la indicada correspondencia.

"Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia".

4.2.- Ámbito penal.

Como ya ha sido expuesto no ha lugar a plantearse repercusiones penales por el simple incumplimiento de este deber.

XVII. DEBER DE CUMPLIR EL RÉGIMEN
SOBRE INCOMPATIBILIDADES

1.- Introducción.

Se parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público.

Así mismo, el establecimiento del deber trata de conseguir de los servidores públicos un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Estatuto del Empleado Público demanda, en su artículo 52, de los empleados públicos que actúen -en lo que aquí nos afecta- con arreglo al principio de

"...dedicación al servicio...".

Tal principio se encuentra vinculado -que duda cabe- con aquel otro que, formando parte de los principios éticos de los empleados públicos, contempla el artículo 53.11 de la forma siguiente:

"Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no sólo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos".

No existe, pues, expresada por su nombre, la materia "incompatibilidad" o "incompatibilidades", como sí ocurre, por el contrario, en el régimen disciplinario contemplado en la propia Ley 7/2007; por lo que se puede entender que el legislador, con el principio de dedicación al servicio público, ha querido referirse a la materia que nos ocupa (la exposición de motivos de la Ley no se refiere a esta cuestión).

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

Contempla el artículo 19, n) de la Ley 55/2003, de forma concisa, que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a

"Cumplir el régimen sobre incompatibilidades".

Es difícil conseguir mayor parquedad en la expresión. Sin embargo, se ha de añadir, seguidamente, que la propia Ley 55/2003 dedica su capítulo XIII a las "incompatibilidades" del personal estatutario, contemplando:

a) La aplicación al personal estatutario del mismo régimen de incompatibilidades establecido, con carácter general,

para los funcionarios públicos (art. 76, inciso primero, Ley 55/2003585).

b) La remisión a la legislación vigente en materia de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes⁵⁸⁶.

c) Algunas normas específicas del personal estatutario, recogidas en el artículo 77 de la propia Ley 55/2003⁵⁸⁷, que pueden resumirse como sigue:

1) Compatibilidad del disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios.

2) Posibilidad de renunciar al complemento específico por el personal licenciado sanitario.

3) Compatibilidad de la percepción de pensión de jubilación con la situación de personal emérito⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ El contenido literal del artículo 76, inciso primero, de la Ley 55/2003 dice así: “Resultará de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos, con las normas específicas que se determinan en esta Ley”.

⁵⁸⁶ El contenido literal del artículo 76, inciso segundo, de la Ley 55/2003 dice así: “En relación al régimen de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes, se estará a lo que establezca la legislación vigente”.

⁵⁸⁷ El tenor del artículo 77 de la Ley 55/2003 es el siguiente: “1. Será compatible el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva al amparo de programas oficiales de formación y perfeccionamiento del personal, siempre que para participar en tales acciones se requiera la previa propuesta favorable del servicio de salud en el que se esté destinado y que las bases de la convocatoria no establezcan lo contrario.- 2. En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario.- A estos efectos, los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud.- 3. La percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito a que se refiere la disposición adicional cuarta.- Las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación, consideradas, todas ellas, en cómputo anual.- 4. La percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial”.

⁵⁸⁸ La disposición adicional cuarta de la Ley 55/2003 establece que “Los Servicios de Salud podrán nombrar, con carácter excepcional, personal emérito entre licenciados sanitarios jubilados cuando los méritos relevantes de su currículo profesional así lo aconsejen.- El personal emérito desempeñará actividades de consultoría, informe y docencia”.

4) Compatibilidad de la percepción de pensión de jubilación parcial con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial.

3.2.- Personal funcionario.

El personal funcionario, hasta la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, no tenía establecido este deber de forma directa, pero sí como deber indirecto, derivado de su régimen disciplinario. En la actualidad, el referido Estatuto Básico contempla el deber, en los términos expuestos en el apartado 2, anterior.

En cualquier caso, el personal funcionario se encontraba, por imperativo legal, sometido al deber de no incurrir en incompatibilidad. El ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁸⁹, no deja lugar a la duda.

3.3.- Personal laboral.

El VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, sólo se refiere a las incompatibilidades para regular, precisamente, la excedencia por incompatibilidad: *"El personal que, como consecuencia de la normativa vigente sobre incompatibilidades en el sector público, deba optar o haya optado por un puesto de trabajo distinto al que ocupaba con relación laboral fija o fija discontinua en la Junta de Andalucía, siempre que el otro puesto de trabajo esté dentro del ámbito de aplicación de la Ley de*

⁵⁸⁹ Referencia RCL 1985\14, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

Incompatibilidades, quedará en situación de excedencia voluntaria, aun cuando no haya cumplido un año de antigüedad en el servicio. Mientras permanezca en esta situación, conservará indefinidamente el derecho al reingreso en cualquier plaza vacante de igual categoría a la suya, que hubiera o se produjera en la Junta de Andalucía” (art. 40).

Por ende, no contiene la referida norma convencional el deber que nos ocupa de forma directa, pero sí indirectamente, por cuanto de su régimen disciplinario forma parte los tipos que después examinaremos (para esta clase de personal es aplicable lo indicado para el personal funcionario, respecto de la Ley 7/2007).

De todas formas, ocurre exactamente igual que para el personal funcionario, es decir, que estaría comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y demás normas concordantes.

4.- Interrelaciones jurídicas.

Ya ha sido indicado que la Ley 55/2003 se remite, en materia de incompatibilidades, al régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos, salvo las excepciones que la referida disposición expresamente contempla. Pues bien, este régimen, en lo que afecta al contenido que se desarrolla, está constituido por las siguientes disposiciones jurídicas:

- La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁹⁰, dictada al amparo de lo previsto en el artículo

⁵⁹⁰ Referencia RCL 1985\14, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

149.1,18^a de la Constitución y, en consecuencia de carácter básico, como así lo declara su disposición final primera, excepción hecha de su "artículo 17.1⁵⁹¹, disposición adicional quinta⁵⁹² y disposición transitoria séptima"⁵⁹³.

Evidentemente, junto a las diferentes modificaciones que han incidido sobre dicha norma, entre la que se cuenta la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

- El Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que desarrolla parcialmente la Ley 53/1984⁵⁹⁴.

- Decreto 8/1985, de 22 de enero, de aplicación a los funcionarios de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomas de la Ley 26 diciembre 1984, de incompatibilidades⁵⁹⁵.

- Orden de 9 de mayo de 1985, por la que se aprueba el formulario para la solicitud de compatibilidad y para el

⁵⁹¹ El artículo 17.1 de la ley 53/1984, indica que "*Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en relación al personal de los servicios periféricos de ámbito regional, y los Gobernadores civiles respecto al de los servicios periféricos provinciales, ejercerán las facultades que esta Ley atribuye a los Subsecretarios de los Departamentos respecto del personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos autónomos y de la Seguridad Social*".

⁵⁹² La disposición adicional quinta de la ley 53/1984 trata de "*Se autoriza al Gobierno para adaptar en el plazo de seis meses, a propuesta del Ministerio de Defensa, de acuerdo con el de Interior, por lo que se refiere a la Guardia Civil, las disposiciones de esta Ley a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas*".

⁵⁹³ La disposición transitoria séptima de la Ley 53/1984 fue derogada por disposición derogatoria única de Ley Orgánica 7/1992, de 20 noviembre.

⁵⁹⁴ Referencia RCL 1985\1022, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁵⁹⁵ Referencia LAN 1985\216, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

ejercicio de la opción prevista en la disposición transitoria 1ª de Ley 26 diciembre 1984⁵⁹⁶.

5.- Incumplimiento del deber.

La vulneración del deber de cumplir el régimen sobre incompatibilidades puede dar lugar a una doble responsabilidad: la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad penal, como vamos a tener ocasión de comentar a continuación.

5.1.- Ámbito disciplinario.

5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El régimen disciplinario previsto en la Ley 7/2007 contempla como falta de carácter muy grave, en su artículo 95.2, n),

"El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad".

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

El personal estatutario puede transgredir el deber que nos ocupa mediante hechos o actos subsumibles en los tipos específicos que, para las infracciones de carácter grave y muy grave, se contemplan en el régimen disciplinario correspondiente.

⁵⁹⁶ Referencia LAN 1985\1319, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

a) Infracción muy grave: La calificación de mayor trascendencia jurídica la contempla el artículo 72.2,1) de la Ley 55/2003, definiendo el tipo como

"El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, cuando suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

b) Infracción grave: El artículo 72.3, h) de la Ley 55/2003 considera como infracción de este carácter

"El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

La presente calificación, como ya sabemos, no es óbice para que pudieran crearse nuevos tipos, tanto por Ley estatal como por Ley de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 95.2 -letra p)- y 3).

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Es repetible para el personal funcionario cuanto ha sido expuesto para el personal estatutario en cuanto se puede transgredir el deber que nos ocupa mediante hechos o actos subsumibles en los tipos específicos que, para las infracciones de carácter grave y muy grave, se contemplan en el régimen disciplinario correspondiente⁵⁹⁷. A saber:

⁵⁹⁷ Ello sin desconocer que sería aplicable, en su caso, el tipo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

a) Infracción muy grave: el artículo 6, h) del Real Decreto 33/1986 considera como falta de este carácter

"El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades".

b) Infracción grave: Por su parte, el artículo 7. 1, k), del Real Decreto 33/1986, considera como infracción de tal carácter

"El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

A contrario sensu, si se mantiene una situación de incompatibilidad se incurriría en la infracción de carácter muy grave.

5.1.2.3.- Personal laboral.

El régimen disciplinario previsto en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, mantiene la pauta de los dos regímenes disciplinarios referidos anteriormente, esto es, dedica dos de sus tipos a calificar las conductas en materia de incompatibilidades, como seguidamente vamos a reflejar.

a) Infracción muy grave: el artículo 43.10 del citado Convenio Colectivo define el tipo que nos ocupa como

"El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades".

b) Infracción grave: el artículo 44.9 del mismo Convenio Colectivo contempla el tipo correspondiente a esta calificación, definiéndolo como

"El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

Podemos observar la nula diferencia existente en esta materia en la descripción de los tipos de los tres regímenes disciplinarios.

5.2.- Ámbito penal.

Se suele referir que los valores de un sistema de convivencia se reflejan en el ordenamiento jurídico del país de que se trate y, particular y especialmente, en su legislación penal. Pues bien, aquí tenemos una muestra de la importancia que el sistema jurídico de convivencia imprime a la materia que nos ocupa al criminalizar las incompatibilidades de actividades públicas con las privadas, en los términos previstos en la Ley. Claro es que, como ya fue indicado en otro lugar, en determinados casos entraría en juego el principio de intervención mínima del Derecho penal.

En el sentido indicado, el artículo 441 del Código penal tipifica la realización de tareas privadas profesionales o de asesoramiento por los funcionarios públicos, en determinadas circunstancias:

"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos,

realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

XVIII. DEBER DE RESPETAR LA CONSTITUCIÓN,
EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y EL RESTO
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.- Introducción.

Cuando el profesional del Derecho se encuentra con la estampación de un deber de esta naturaleza se le representa, cuando menos, lo innecesario hecho realidad. Sin embargo, lo llamativo es que los representantes del pueblo español hayan convenido en consignar el mandato, a los veintisiete años de ser aprobada la Constitución, de que el personal que nos ocupa tiene el deber de respetar la Constitución, el correspondiente Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico.

Se actúa así como si no fuese suficiente, no sólo por la esencia del sistema jurídico que rige en esta sociedad, que el indicado texto constitucional estableciera en su artículo 9.1, con carácter imperativo, la sujeción de todos los ciudadanos y entes públicos a todo su contenido y al resto del derecho objetivo (*"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"*).

No es preciso que un deber de esta naturaleza se contemple en las normas jurídicas sectoriales o generales cuando ya ha sido recogido en la Ley de Leyes. Si fuese necesario recoger tal tipo de deber, sería inútil el mandato constitucional, y si se trata de repetir éste, se podría incurrir en confusión, ya que, en aquellas normas en las que no ha sido reiterado, el sector o grupo social al

que se dirigen o regulan podría entender, a contrario sensu, que no tienen, en su ámbito profesional, el deber de respetar la Constitución, el correspondiente Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico. Idea que no puede estar más lejos de la realidad y exigencia de nuestro sistema jurídico-político.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ya en el frontispicio del capítulo VI, del título III, del Estatuto Básico que nos ocupa, que contempla los deberes de los empleados públicos, su artículo 52 se inicia requiriendo de éstos que velen "*...por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico...*".

Pero no es sólo esa la referencia que contiene el indicado capítulo, sino que su artículo 53 (comprendido de los principios éticos) también se inicia diciendo que

"Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico".

Como podemos observar se trata dos formas distintas de expresar la misma idea, criterio prescripción jurídica, en este caso.

Prescripción tan obvia que se reduciría al principio de supeditación establecido en el artículo 9.1 del texto constitucional.

3.- Regular específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, a) de la Ley 55/2003, recoge, como ya ha sido aludido, para el personal estatutario de los Servicios de Salud, el deber de

"Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente (en nuestro caso, el Estatuto de Autonomía para Andalucía) y el resto del ordenamiento jurídico".

Poco queda por comentar al respecto, salvo señalar que aquí sería de aplicación el contenido del último párrafo del apartado 2, inmediato anterior.

3.2.- Personal funcionario y personal laboral.

Hasta la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público el marco normativo funcional no contemplaba un deber igual o similar al que retiene nuestra atención⁵⁹⁸.

Podemos ir más allá y mantener el mismo postulado respecto de los actos convencionales reguladores de las relaciones del personal laboral que presta servicios en la

⁵⁹⁸ Ciertamente es que el artículo 76 (expresamente derogado por la Ley 7/2007) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, nos hablaba de la obligación de los funcionarios de acatar "*los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional y demás leyes Fundamentales del Reino*". Evidentemente, el texto es producto de su tiempo. A partir de la aprobación de la vigente Constitución había que entenderlo derogado al amparo de lo previsto en la disposición derogatoria, número 3, de la Constitución –no ha existido derogación expresa-. En este sentido, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1986, de 9 de junio, cuyo fundamento jurídico segundo señala que "*...la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución*". Supuesto que concurría en el citado artículo 76.

Administración Pública -andaluza o estatal-, así como respecto de la norma común que establece el régimen jurídico laboral general, esto es, la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo.

No obstante, también es necesario recoger que en este ámbito funcional nos encontrábamos, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para la reforma de la Función Pública, con un deber indirecto recogido en el artículo 31 (también derogado por la Ley 7/2007) que contemplaba como infracción de carácter muy grave *"El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública"*⁵⁹⁹.

Evidentemente, no cabe basarse en cuanto se ha dicho anteriormente para entender que el personal funcionario, en su ámbito profesional, no se encontraba vinculado por la Constitución, por el Estatuto de Autonomía correspondiente y por el resto del ordenamiento jurídico.

Respecto del personal laboral, podría reproducirse lo manifestado para el personal funcionario, *mutatis mutandi*; añadiendo, a su vez, que para el personal que cuenta con este régimen jurídico laboral no se encuentra deber alguno que pudiera identificarse, siquiera en parte, con el que nos ocupa.

⁵⁹⁹ Posteriormente tal deber indirecto fue recogido por el artículo 6,a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

4.- Interrelaciones jurídicas.

Referido al acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, el Real Decreto 707/1979, de 5 de mayo, al establecer la fórmula de juramento o promesa⁶⁰⁰ *"...de cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado"* (art. 1); viene a establecer la manifestación de voluntad de la persona que aspira al ejercicio de funciones públicas, en el sentido de hacer, desde una actitud positiva, activa, que sea respetado el texto constitucional. Por otra parte, manifiesta, así mismo, su compromiso de cumplir fielmente las obligaciones del cargo.

Al respecto, el profesor Entrena Cuesta⁶⁰¹ indica que *"...en definitiva, los funcionarios sólo tienen un deber, que es el del fiel desempeño de la función o cargo que tengan encomendado. Mas para cumplirlo habrán de adoptar, no sólo en su vida pública, sino también en su vida privada, unos moldes de conducta que, prácticamente, es imposible de condensar en la enumeración de unos cuantos deberes cuyos perfiles resulten perfectamente identificados"*.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de mayo de 1985⁶⁰², señala que

⁶⁰⁰ En concreto, el artículo uno del Real Decreto 707/1979 contempla dos posibles fórmulas. A saber: *"...quien haya de dar posesión formulará al designado la siguiente pregunta: ¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo ... con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución, como norma fundamental del Estado?.- Esta pregunta será contestada por quien haya de tomar posesión con una simple afirmativa.*

La fórmula anterior podrá ser sustituida por el juramento o promesa prestado personalmente por quien va a tomar posesión, de cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado".

⁶⁰¹ "Curso de Derecho Administrativo; editorial Tecnos; 1983".

⁶⁰² Referencia RJ 1985\2632, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

"... las obligaciones y lealtades derivadas del cargo público nacen de la aceptación de éste en cualquier forma que se haya realizado, y son exigibles independientemente de ésta; sin que varíe la responsabilidad por su incumplimiento en razón a la forma en que se haya manifestado la aceptación".

Qué duda cabe si, además del artículo 9.1 de la Constitución, que establece el principio de sumisión de todos al Derecho, el también artículo 10.1 del mismo texto contempla el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, como uno de los parámetros, entre otros, que son fundamento de nuestro orden político y de la paz social⁶⁰³.

Finalmente, el preámbulo de la Constitución, párrafo tercero, nos habla de que la Nación española proclama su voluntad de *"Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular"*.

5.- Incumplimiento del deber.

Nos encontramos ante un deber que su incumplimiento presenta, como ocurre con otros deberes, una doble proyección: la disciplinaria y la penal; si bien, ésta circunscrita al texto constitucional.

Ambos tipos de responsabilidad presenta un rasgo común: la ausencia de correspondencia plena con el deber.

Pasamos al examen del régimen disciplinario y del régimen criminal aplicable.

⁶⁰³ El artículo 10.1 de la Constitución dice así: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*.

5.1.- Ámbito disciplinario.

Puede decirse que frente a este deber encontramos tipificaciones específicas tanto en el régimen disciplinario del personal estatutario, como en el régimen disciplinario de los funcionarios, si bien en ambos casos con alguna ausencia.

En cuanto al personal con régimen jurídico laboral, su régimen disciplinario presenta mayores particularidades frente al deber que se examina, como se expondrá en su respectivo apartado.

5.1.1.- Regulación prevista en el Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 95 del Estatuto Básico abre -letra a)- con el tipo que contempla el incumplimiento del deber, calificando como falta de carácter muy grave (no sería de recibo calificación jurídica de menor trascendencia, por razones obvias). A saber:

"El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública".

Es una redacción más completa que la prevista en el artículo 31 (ya derogado) de la citada Ley 30/1984, de 2 de agosto, y en el artículo 6, a), del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (así mismo, derogado en todo cuanto contradiga o se oponga a la Ley 7/2007).

Ahora bien, por una parte, se hecha en falta la alusión al resto del ordenamiento jurídico, y, por otra, puede entenderse reiterativo reflejar, como tipo nuevo e independiente, "*La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales*" [art. 95.2, letra k)], cuando aquel tipo es comprensivo de éste.

A mayor abundamiento en la crítica, no puede dejar de reflejarse que junto a las "*libertades públicas*" se ha debido de consignar, así mismo, los derechos fundamentales.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

Como tipificación específica, se nos presenta el tipo de aplicación con alcance sólo para la calificación jurídica de muy grave. Así, el artículo 72,a) de la Ley 55/2003 declara como infracción del indicado carácter

"El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución o al respectivo Estatuto de Autonomía en el ejercicio de sus funciones".

A primera lectura se colige que el tipo contiene dos de los tres elementos que comprende el deber. Brilla por su ausencia la expresión "*y el resto del ordenamiento jurídico*". En el lado opuesto (el de la reiteración), podemos encontrar algún que otro tipo que pretende abarcar no ya el "todo" (texto constitucional), sino una parte concreta. Ejemplo de ello podemos tenerlo en el artículo 72.2, n) de la citada Ley 55/2003, que prevé sancionar "*Los actos dirigidos a impedir o coartar el libre ejercicio de*

los derechos fundamentales, las libertades públicas y los derechos sindicales".

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Al amparo de lo previsto en la disposición derogatoria única del Estatuto Básico de Empleo Público, cuanto contradiga o se oponga al mismo ha quedado derogado. Además, y ya ha sido expresado, el tipo contemplado en el artículo 31 (también el resto de los tipos), ha quedado derogado expresamente por la letra b) de la indicada disposición derogatoria. Consecuencia de ello es la derogación del artículo 6, a) del Real Decreto 33/1986 (también aquellos otros tipos que tengan relación con éste), aplicándose el tipo contenido en el artículo 95.2, a), del indicado Estatuto Básico.

5.1.2.3.- Personal laboral.

El VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, no prevé en su régimen disciplinario tipo alguno que se refiera a la Constitución, si bien sí contempla algún que otro tipo sobre materias que forman parte de su texto. En este sentido, podemos señalar los números 1 y 3 del artículo 43. En ambos pueden ser subsumidos, respectivamente, con la calificación jurídica de infracciones o faltas de carácter muy grave, las siguientes conductas: Por una parte, *"Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Por otra parte, la conducta definida como *"La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales"*.

Evidentemente, a esta clase de personal le es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (recuérdese las alusiones a ello contenidas en el art. 93.1 y 4⁶⁰⁴ del indicado Estatuto). Por ende, el tipo contemplado como falta de carácter muy grave en el artículo 95.2, a), que ya ha sido transcrito en otro lugar, forma parte del régimen disciplinario del personal laboral.

5.2.- Ámbito penal.

El título XXI del vigente Código penal está dedicado a "*Delitos contra la Constitución*". Formando parte del mismo, encontramos que su capítulo V (dividido en tres secciones) se dirige a regular los "*delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*". La mayoría de los preceptos (comprende del art. 529 a 542) contienen tipos alejados de lo que es el discurrir habitual de la actividad desarrollada por el personal objeto de nuestro examen, excepción hecha del artículo 542, que se refiere a derechos susceptibles de ejercerse en el ámbito que nos ocupa.

El contenido del artículo 542 se refiere al hecho de impedir, a sabiendas, a una persona el ejercicio de "*derechos cívicos*" reconocidos por la Constitución y las Leyes, acto que sería penado con inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años (art. 542, anterior art. 194).

⁶⁰⁴ Recuérdese: Artículo 93.1: "*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*". Artículo 93.4: "*El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral*".

En el apartado "Jurisprudencia", correspondiente al artículo 542 del Código penal vigente y a la obra de la editorial "Colex", titulada "Código Penal". "Comentarios y Jurisprudencia"⁶⁰⁵, se dice -página 711-: "...nos lleva a sostener que el delito del artículo 194 (actual 542) de impedir el ejercicio de los derechos cívicos de una persona por autoridad o funcionario público (...) cubre los atentados contra derechos fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos que no tengan una expresa protección penal.

⁶⁰⁵ Obra de 1996, escrita por el Magistrado del Tribunal Supremo, Moyna Mengües; los Fiscales de igual órgano, Luzón Cuesta, Gómez Guillamón y Torres-Dulce Lifante; así como el Fiscal del Tribunal Constitucional Ortiz Úrculo.

XIX. DEBER DE OBEDIENCIA

1.- Introducción: El principio de jerarquía.

Si hacemos un breve recorrido por el Ordenamiento Jurídico (especialmente por el Derecho administrativo) podemos observar como el principio de jerarquía se convierte en eje fundamental de la organización y actuación de todas y cada una de las Administraciones Públicas, desplegando, a su vez, sus efectos y consecuencias de forma trascendente, como después se expondrá, en la relación que se conforma entre el personal que presta servicios en las referidas Administraciones Públicas y éstas mismas (sin olvidar que al resto de los ciudadanos les afecta en sus relaciones con lo "público").

Reafirmando lo expuesto y sin pretensión de exhaustividad, podemos recordar como el principio de jerarquía se encuentra recogido, de forma reiterada, en diferentes textos normativos:

- A nivel constitucional se explicita en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978: *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho"*.

- A nivel de legislación básica y, por ende, aplicable a todas las Administraciones Públicas: a) En el artículo 3.1, párrafo primero, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual repite el referido artículo 103.1 de la Constitución⁶⁰⁶. b) En el artículo 1.3,j), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.⁶⁰⁷

- A nivel de la Administración General del Estado, el artículo 3.1, a), de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, contempla el principio de jerarquía⁶⁰⁸.

- En el ordenamiento jurídico-administrativo andaluz, el artículo 3, b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, contempla, así mismo, el principio de jerarquía como uno de los principios generales de organización y funcionamiento de la indicada Administración⁶⁰⁹.

Entrena Cuesta⁶¹⁰ nos habla de que la ordenación jerárquica es *"La más antigua de las técnicas seguidas en*

⁶⁰⁶ El referido artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, únicamente añade al contenido del artículo 103.1 de la Constitución, precisamente el término "*Constitución*", cuando habla del sometimiento pleno de la actuación de las Administraciones Públicas. Esto es, indica que las Administraciones Públicas actuarán "*...con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho*".

⁶⁰⁷ El artículo 1.3, j) referido contempla como fundamento de actuación el de "*Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas*".

⁶⁰⁸ El indicado artículo 3.1,a) de la Ley 6/1997, señala que "*La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan: 1. De organización: a) Jerarquía (...)*".

⁶⁰⁹ El artículo 3,b) de la Ley 9/2007 señala que "*La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general a través de sus órganos y entidades instrumentales, con sujeción a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico. Se organiza y actúa de acuerdo con los principios de: a) Eficacia. b) Jerarquía (...)*".

⁶¹⁰ Como ejemplo, 8ª edición de la obra "*Curso de Derecho Administrativo*", volumen 2, editorial Tecnos, página 71.

toda organización y, por ello, también, en la organización administrativa, para reducir a unidad la multiplicidad de órganos en que se descompone". Añadiendo que es la técnica "...de establecer una ordenación de todos ellos en virtud de la cual, a través de una serie de relaciones de subordinación, e, inversamente, de supremacía, se hallan sometidos a quien se encuentra en la cúspide de la organización de que se trate".

Continúa señalando el citado autor que como consecuencia de esta técnica, denominada jerárquica, "los órganos superiores disponen de la facultad para dirigir, inspeccionar y ordenar la conducta de los inferiores", lo que conlleva la potestad, entre otras, del dictado de órdenes y fijación de criterios mediante circulares e instrucciones, entre otros medios, dirigidas a los subordinados.

La traducción normativa de esta técnica administrativa o de este principio de jerarquía, la encontramos en el artículo 21 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en cuyo punto y párrafo primero, nos dice que

"Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio"⁶¹¹.

Sobre esta potestad de dirección, a través de "circulares y órdenes de servicio", conviene realizar

⁶¹¹ El citado precepto continúa señalando que "Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.- 2.El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir".

alguna puntualización, en cuanto nos encontramos ante un instrumento normativo ambivalente.

El principio de jerarquía se proyecta en una doble relación: a) La que se crea entre órganos inferiores y superiores, que da lugar al deber de obediencia. b) Aquella otra que se crea entre órganos superiores e inferiores, dando lugar a la potestad de impartir órdenes e instrucciones mediante circulares, resoluciones, etc.

Como indica el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 17 de enero de 2000⁶¹²,

"... cierto es que la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE) y que este principio, en el ámbito de una relación funcional, se traduce en el deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores".

Aseveración del más alto Tribunal en materia de garantías constitucionales que es válida y extensible a todo el personal que presta servicios en las Administraciones Públicas.

El Tribunal Superior de Justicia de las Canarias, en su sentencia, de fecha 30 de abril de 1999, recurso núm. 1202/1997, conociendo de un caso de desobediencia de un médico al que le había sido impuesta una sanción -que anula por no acreditarse el perjuicio ocasionado a la asistencia sanitaria, exigido por el tipo-; hace la siguiente reflexión⁶¹³:

⁶¹² Referencia de la base de datos de Aranzadi: RTC 2006/6.

⁶¹³ Fundamento de Derecho cuarto.

"La conclusión expuesta no debe inducir a error sobre la antijuridicidad de la acción realizada por el actor, que es antijurídica a todas luces, aunque por las razones expresadas resulte improcedente en este concreto supuesto subsumirla en el tipo empleado.

En efecto, si la orden incumplida era, a juicio del interesado, contraria a la legalidad, lo procedente era solicitar la confirmación por escrito y, eventualmente, comunicar su discrepancia a la superioridad, no estando en tal caso obligada a cumplirla si ésta no la reitera por escrito, tal y como establece el artículo 50.2 b)⁶¹⁴ de la Ley de la Función Pública Canaria. Lo improcedente en todo cuerpo organizado jerárquicamente es conducirse de la manera en que lo hizo el demandante, es decir, imponer sin más su criterio -por razonable que pueda ser éste- frente al mantenido por sus superiores; conducta particularmente reprochable en cuanto pone en entredicho nada menos que los principios de jerarquía y de autoridad, sostén de la función pública, cuya lesión, de generalizarse, conduciría incuestionablemente a la desaparición de la propia Administración".

⁶¹⁴ El artículo 50.2, b) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de Función Pública de Canarias, que se refiere al cumplimiento del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma del deber de *"Cumplir las órdenes recibidas que se refieran al servicio y formular, en su caso, las sugerencias que crea oportunas. Si las órdenes fueran, a su juicio, contrarias a la legalidad, podrá solicitar la confirmación por escrito, y, una vez recibida, podrá comunicar inmediatamente por escrito la discrepancia al jefe superior, no viéndose obligado a cumplirla si éste no le reitera por escrito. En ningún caso se cumplirán las órdenes que impliquen la comisión de delito"*.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 54.3 del Estatuto Básico del Empleado Público es contundente al referirse a este deber, estableciendo que los empleados públicos

"Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes".

La manifestación típica que, a través del tiempo, ha venido asumiendo las normas jurídicas sobre Función Pública que recogían este deber, se convierte en el Estatuto Básico citado en una manifestación del principio de obediencia novedosa y más ajustada a los valores del sistema jurídico que regula la sociedad española.

Formando parte de las referidas novedades, podemos señalar la exigencia de que las instrucciones y órdenes sean dictadas en el ámbito profesional. Así mismo, asumiendo parte de la doctrina de los Tribunales de Justicia al respecto y siguiendo el vigente Código penal, se exceptúa del deber de obedecer aquéllas instrucciones y órdenes que constituyan una *"infracción manifiesta del ordenamiento jurídico"*⁶¹⁵.

⁶¹⁵ Como antecedentes de ello podemos señalar: La Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora, precisamente, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que en su artículo 5.1 contempla, como principio básico de actuación de sus miembros, la *"Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente (...). d) Sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación"*. Ahora bien, apostilla a continuación que *"En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes"*.

En el ámbito penal, el artículo 410 del Código penal, después de establecer el tipo del delito de desobediencia y la pena establecida (número 1), preceptúa que *"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar*

Ahora bien, el artículo 54.3 ha ido más allá y, coherente con la obligación general de denuncia⁶¹⁶, ha establecido que en los supuestos que se considere que la instrucción o la orden incurre en una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, sean aquéllas puestas inmediatamente "en conocimiento de los órganos de inspección procedentes"

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, d) de la Ley 55/2003 establece que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a:

*"Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento..."*⁶¹⁷. [art.19, d), Ley 55/2003].

El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud presenta novedades respecto a la regulación que sustituye (Estatutos de Personal de los

cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general" (número 2 del artículo).

⁶¹⁶ La obligación general de denuncia se contempla en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aquellos hechos que pudieran ser susceptibles de responsabilidad de tal naturaleza.

Por su parte, el artículo 11.1, d), del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto define la denuncia como "El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".

⁶¹⁷ El artículo 19,d) de la Ley 55/2003 completa su contenido con la expresión "...y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo".

colectivos facultativo⁶¹⁸, sanitario no facultativo y no sanitario). La más significativa, por sus consecuencias jurídicas (como tendremos ocasión de exponer), ha sido ligar la obligación de cumplir las instrucciones impartidas con la exigencia de que éstas han de ser dictadas en el ámbito de las funciones del nombramiento de quien las recibe.

3.2.- Personal funcionario:

Con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, derogada por éste en su mayor parte, recogía en su artículo 79 (expresamente derogado) el deber de obediencia con una formulación típica -si bien no ejemplo de buena sintaxis- (*"Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades, superiores jerárquicos, y acatar sus órdenes con exacta disciplina..."*).

La entrada en vigor del indicado Estatuto ha determinado que al personal funcionario le sea de aplicación lo regulado en el mismo, por lo que nos remitimos al párrafo 2 anterior.

3.3.- Personal laboral.

En el régimen jurídico laboral se nos representan, desde el punto de vista normativo, dos planos diferentes. Por una parte, la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, por otra, el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. A saber:

⁶¹⁸ El Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social no contempla de forma directa o específica el presente deber, sino que en su régimen disciplinario tipificaba la conducta trasgresora de la obligación de obediencia, si bien, con un contenido difícilmente aplicable.

a) Ley del Estatuto de los Trabajadores: El artículo 5, letra c), nos indica que los trabajadores tienen como deber básico, entre otros, el de

“Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”.

El indicado Estatuto de los Trabajadores no se limita a contemplar sólo el transcrito deber básico, sino que a lo largo de su articulado, en distintas ocasiones, se refiere a cuestiones relacionados con dicho deber.

Como ejemplo de lo indicado podemos reseñar el artículo 20, cuyo contenido, en el plano de la dirección y control de la actividad laboral, se expresa de la forma siguiente:

“1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3. *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso*"⁶¹⁹.

b) VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía: El Convenio no contiene un pronunciamiento expreso y claro sobre el deber de obediencia; si bien, no podríamos decir lo mismo si repasamos la tipificación de las conductas realizadas en el régimen disciplinario que contiene el referido Convenio, como después tendremos ocasión de observar. En cualquier caso, el deber establecido por el Estatuto Básico del Empleado Público sería de aplicación, motivo por el que nos remitimos al apartado 2, inmediato anterior.

Continuando con las referencias que contiene el VI Convenio Colectivo, cierto es que éste se refiere a la facultad de organización del trabajo atribuyéndola al personal directivo de la Administración, y es aquí, en esta manifestación, en donde podemos situarnos para entender que es inherente a dicha facultad de organización el deber de obediencia.

Efectivamente, el artículo 11 se refiere a la indicada facultad, en los términos siguientes: "*La organización del trabajo es facultad y responsabilidad de la Administración*

⁶¹⁹ El artículo 20 termina con el siguiente contenido: "*4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*".

a través de su personal directivo, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y el mantenimiento y mejora de los cauces de participación colectiva de las organizaciones sindicales firmantes del presente Convenio".

4.- Incumplimiento del deber.

Como vamos a tener ocasión de comprobar, nos encontramos ante un deber cuya trasgresión no sólo presenta un ámbito disciplinario, sino que tal incumplimiento podría, en algún caso, reunir los elementos del tipo necesarios para situarle en el ámbito de la legislación criminal.

Deber cuyo cumplimiento se pone a prueba de forma habitual en distintas y variadas ocasiones en el quehacer de la actividad asistencial. La peculiaridad de las relaciones laborales que se conforman en los centros sanitarios, favorece a que ello suceda así.

4.1.- Ámbito disciplinario.

Como en el resto de deberes, en el presente nos encontramos con la concurrencia de un régimen jurídico común y otros tres distintos, que se corresponden con las tres clases de personal que prestan servicios en los centros sanitarios. A saber:

4.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 95.2, letra i), del Estatuto Básico del Empleado Público contempla el tipo, con calificación

jurídica de falta de carácter muy grave, que da lugar al reproche administrativo mediante el ejercicio de la potestad sancionadora. Se define como

"La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico".

La expresión "desobediencia abierta" es un concepto jurídico indeterminado cuya definición corresponde realizarla a los Tribunales de Justicia, si bien antes de llegar, en su caso, a la vía judicial, corresponderá pronunciarse a la Administración Pública, con lo cual nos encontramos con un elemento con un cierto grado de inseguridad jurídica.

En cuanto a la excepción que prevé ("*salvo que constituya infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*"), nos remitimos a lo expuesto anteriormente cuando analizábamos el deber directo.

4.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

4.1.2.1.- Personal estatutario.

La trasgresión del deber de obediencia puede ser subsumida en los tipos que prevé la Ley 55/2003, los cuales son específicos del propio deber. A saber:

a) Infracción muy grave: El artículo 72.2, g), de la Ley 55/2003, entiende como infracción de tal carácter

"La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior directo, mediato o

inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus funciones, salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general".

b) Infracción grave: Por su parte, el artículo 72.3, a), de la Ley 55/2003, considera infracción de este carácter

"La falta de obediencia debida a los superiores".

Llama la atención que en esta clase de infracciones el Estatuto Marco no contemple la exigencia de los requisitos que establece para las infracciones muy graves. No obstante, estamos refiriéndonos a unos requisitos que son exigidos por los Tribunales de Justicia, a efectos de imponer una sanción, para entender cumplidos los requeridos por el tipo; con lo cual, aún cuando el artículo 72.3, a) haya sido redactado tan inexpresivo, si se pretende ajustarnos a Derecho (no sólo a la Ley) y evitar que un órgano judicial anule la correspondiente actuación disciplinaria, se ha de entender que, también para las infracciones de carácter grave, hemos de tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos para las infracciones de carácter muy grave.

4.1.2.2.- Personal funcionario.

Como ya ha sido expuesto, el régimen disciplinario contenido en el Estatuto Básico del Empleado Público, es de aplicación a esta clase de personal. En consecuencia, lo primero que se ha de tener en cuenta es el tipo contemplado en su artículo 95.2, letra i), calificado como falta de carácter muy grave, que ha sido ya transcrito en el apartado 4.1.1 inmediato anterior, al cual nos remitimos.

El Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, también tipifica la trasgresión del deber pero con el carácter de falta grave. Así, su artículo 7.1,a), considera como hecho subsumible en esta clase de infracción "*La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades*".

Tipificación que atendiendo a la clase de falta y a la diferencia del tipo, así como a que el mismo no contradice ni se opone a lo establecido por la Ley 7/2007, se entiende que no estaría derogado.

4.1.2.3.- Personal Laboral.

Nos encontramos con la misma situación que en el caso del personal funcionario, en cuanto a la aplicación a este personal del régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público (por virtud de lo dispuesto en su artículo 93.1⁶²⁰), lo que nos conduce al tipo previsto en su artículo 95.2, letra i), calificado como falta de carácter muy grave y definida ésta según ya ha sido transcrito anteriormente (apartado 4.1.1 del presente deber).

Sin embargo, si bien el VI Convenio Colectivo califica la contravención del deber como falta de carácter grave, definida como

"La indisciplina o desobediencia en el trabajo",

⁶²⁰ Recuérdese que el consignado precepto y número establece que "*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*".

coincidiendo en ello con el personal funcionario; la diferencia estriba en que el artículo 95.3 de la Ley 7/2007 permite que las falta de tal carácter sean tipificadas por convenio colectivo. Por ende, la trasgresión del deber por el personal laboral puede dar lugar a la comisión de una falta muy grave o una falta grave, dependiendo de los hechos y del tipo aplicable (son tipos que no tienen por que solaparse entre ellos).

4.2.- Ámbito penal.

Partiendo de lo ya conocido (en el ámbito penal no existe distinción entre el personal estatutario, funcionario o laboral), éste puede incurrir en los tipos penales que examinamos a continuación.

a) Delito de desobediencia: El artículo 410 del Código penal contempla el correspondiente tipo penal:

"1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resolución judicial, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años".

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta,

clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general".

b) Falta contra el orden público: Por su parte, el artículo 634 contempla la desobediencia en su vertiente menos trascendente, como de falta penal:

"Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez días a sesenta días".

5.- La facultad de impartir órdenes y el deber de obedecer, según la jurisprudencia.

Los Tribunales de Justicia han venido señalando, a través de sus sentencias, los requisitos que han de concurrir para que, por una parte, sea legítimo el ejercicio de la facultad de impartir órdenes y, por otra, se cree el deber de obedecer por aquellos que las reciben.

Los aludidos requisitos han venido perfilándose, a través del tiempo, por los órganos judiciales en sus sentencias y han sido recogidos por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Efectivamente, siguiendo los elementos que configuran el tipo previsto en el artículo 72.2, g) de la citada Ley 55/2003, hallamos cuantos requisitos exige la doctrina de los Tribunales de Justicia para entender que se ha producido una desobediencia.

5.1.- Requisitos requeridos por la jurisprudencia.

En el sentido indicado y a modo de resumen, podemos concretar los aludidos requisitos:

- a) Orden emanada de superior directo, mediato o inmediato, de quien la recibe.
- b) Orden emitida en el ejercicio de las funciones que tiene expresamente atribuidas aquel que la imparte.
- c) Orden que no constituya una infracción de un precepto de ley o de otra disposición de carácter general.
- d) Orden relacionada con las funciones propias del nombramiento de quien la recibe.
- e) Orden personal y directa.

5.2.- Sentencias que recogen los requisitos.

Sin ánimo de exhaustividad, se va hacer referencia a algunos de los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de los requisitos que han de concurrir para que, por una parte, sea legítimo el ejercicio de la facultad de impartir órdenes y, por otra, se esté obligado a obedecer las mismas:

- a) La sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de octubre de 1999, recurso número 143/1998⁶²¹, indica que

⁶²¹ Aún cuando parezca un error, la referencia de la base de datos de Aranzadi es RJCA 1999\3619.

"...esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones que para que se dé la falta de obediencia, es presupuesto necesario que exista una orden legítima emitida por el superior jerárquico, en la forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, relacionadas con las funciones y servicios, que, dentro del mismo, tiene encomendados el inferior, y que frente a ella este último adopte una actitud consciente e injustificada de oposición a su cumplimiento y desconocimiento de la autoridad que el superior ejerce..."⁶²².

b) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de noviembre de 1996, recurso número 920/1994⁶²³, expone que

"El artículo 7.1, a) del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, regulador del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, considera falta grave «la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades». La exégesis de tal precepto conduce a la conclusión de que para la apreciación de la misma, resulta imprescindible la concurrencia de una conducta omisiva e intencional por la que se exteriorice el acto de desobediencia; que dicha orden emane de quien ostenta el carácter de

⁶²² El cuarto fundamento de Derecho continúa indicando que "... como quiera que en el presente supuesto tales requisitos se dan, ya que la orden es emitida por el Comisario de Aguas, su jefe inmediato, encargado de la distribución de las tareas entre las respectivas unidades (...) y como quiera que dicho Comisario estimó que determinadas materias de su área las iba a llevar, en lo sucesivo, el jefe de servicio de aguas subterráneas, el actor debió abstenerse de intervenir en ellas, por lo que al ser dicha orden desatendida -ya que el actor ni siquiera niega que emitiese los referidos certificados-, incurrió en la falta que se le imputa sin que pueda servir como causa exculpatoria la justificación que esgrime, ya que en caso de duda debió aclarar la situación al respecto, pero no incumplir la orden irrogándose facultades que no le corresponden y cuestionando de este modo la autoridad y competencia de su superior".

⁶²³ Fundamento de Derecho segundo. Referencia de la sentencia RJCA 1996\2079, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

superior jerárquico del obligado a acatarla o de alguna autoridad de quien funcionalmente se dependa; y finalmente que la orden se adopte en el ámbito de las atribuciones propias de quien la emite, es decir, que sea legítima y ajustada a derecho, de donde deriva su obligado cumplimiento por parte del destinatario de la misma".

c) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de septiembre de 1998, recurso número 405/1997⁶²⁴, nos habla de que en el caso sometido a su consideración

"...concurren una serie de circunstancias especiales que justifican que la actuación de la demandante, no impartiendo las clases, no pueda ser considerada como constitutiva de falta disciplinaria alguna. Y es que el deber de obediencia de todo funcionario hacia sus superiores, cumpliendo las órdenes que emanan de los mismos, implica, a su vez, que las directrices marcadas por éstos no sean inicial y palmariamente ilegales. Toda decisión administrativa puede ser objeto de discusión respecto a su conformidad con el ordenamiento jurídico, sin que ello, por sí solo, legitime la conducta del funcionario que voluntariamente la desobedece. Ahora bien, en la misma medida y justa y recíproca correspondencia, máxime cuando el art. 103.1 de la Constitución Española señala que los Poderes Públicos han de actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, lo que no resulta legítimo es que de la Administración emane una orden manifiestamente ilegal e intente imponer su cumplimiento, colocando al

⁶²⁴ Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo.

funcionario en la tesitura de tener que cumplir un mandato a él dirigido, conociéndose por todos su ilegalidad, con la carga de su impugnación ante los Tribunales de Justicia.

Concluye el párrafo segundo del fundamento de Derecho señalando que

"...es por lo que debe entenderse, y así lo declaramos, que la imposición de la sanción de una falta grave es contraria a Derecho, pues el deber de obediencia encuentra su límite en la manifiesta ilegalidad de la orden impartida".

- Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre de 1985⁶²⁵, conociendo de un caso en el que un Auxiliar Administrativo de Ayuntamiento se negó a cumplimentar cuestionarios de las peonadas que mensualmente debían presentar los trabajadores en situación de paro (hecho que había sido calificado como "abandono del servicio"), expone que

"...en el caso que se contempla, lo que el funcionario se negó a hacer es rellenar los cuestionarios que los trabajadores en paro debían de presentar rellenos y que no rellenaron o por no saber escribir o por no saber cumplimentar los referidos cuestionarios, lo que no significa no ya abandono del servicio, sino ni siquiera falta alguna merecedora de sanción ya que las obligaciones del funcionario no las establece, a su voluntad, quien en un determinado momento ostenta un cargo desde el que durante un plazo más o menos

⁶²⁵ Fundamento de Derecho cuarto. La referencia de la base de datos de Aranzadi es RJ1985\5670.

breve puede impartir órdenes, sino que vienen establecidas reglamentariamente, de forma que no puede encomendarse a un funcionario administrativo funciones propias del cuerpo técnico o del subalterno, sino las específicamente asignadas al Cuerpo al que pertenece; no existiendo por lo tanto conducta antijurídica, no puede existir sanción".

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 13 de marzo de 1998⁶²⁶, en la que se expresa (FD 4º, párrafo 2º) como sigue:

"...si se está imputando una falta de desobediencia grave integrada o representada por el incumplimiento de una orden de un superior para la entrega de unos documentos, constituye premisa inicial e indispensable de la declaración de responsabilidad el que exista prueba de la existencia de una orden personal y directa, de que fue dada por órgano competente, de que el funcionario la recibió o tuvo conocimiento real de ella, y de que, no obstante todo ello, se mantuvo la disposición contraria a su acatamiento.

Pues bien, de un detenido análisis de las pruebas obrantes en el expediente no puede concluirse que existiese una orden expresa y personal del superior al funcionario para la entrega de los documentos, sino, y es cosa muy diferente, una comunicación del superior a otro centro directivo para que fuese retirada la documentación del lugar de trabajo del funcionario. Fue precisamente esto lo que motivó el hecho de que el funcionario recurrente

⁶²⁶ La referencia de la base de datos de Aranzadi es 1998\884.

solicitase para la retirada de la documentación de las dependencias que estaban bajo su control, y no olvidemos que se le estaban atribuyendo determinadas irregularidades en la administración de alimentos, una orden directa del superior que supuestamente la solicitaba, llamando la atención el que, como respuesta, recibió en el mismo día y, esta vez sí, en forma personal y directa, la comunicación de incoación de expediente disciplinario".

XX. DEBER DE RESPETO

1.- Introducción.

Si el respeto es una norma esencial de conducta en las relaciones humanas, en el ámbito jurídico también se refleja, no sin cierto grado de proliferación. Así, es habitual que las normas que regulan el régimen jurídico de los distintos sectores profesionales del mundo laboral, ya sea en el ámbito público o en el privado, recojan el deber de recíproco respeto entre las personas que forman el grupo humano de trabajo en la empresa.

No obstante lo expuesto, y para resaltar el ámbito público en el que se mueve esta tesis, no es ocioso recordar que no sólo el deber de respeto se proyecta en el mundo del trabajo, sino que, a su vez, la norma aplicable a todas las Administraciones Públicas por razón de su carácter básico, esto es, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶²⁷, nos habla del derecho que tienen los ciudadanos, en sus relaciones con los indicados entes públicos, a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios.

⁶²⁷ Se recuerda que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, fue dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, y el procedimiento administrativo común.

La aptitud o conducta de respeto no es privativa, pues, de las relaciones laborales o profesionales, sino que fluye en la sociedad como el oxígeno en el aire. No obstante, siendo una pauta socialmente practicada y asumida para conseguir unas relaciones cordiales y fluidas, no es menos cierto que era necesario trasladar esa impronta, de forma expresa y con carácter de obligación, a las relaciones que se establecen entre los ciudadanos y aquellos que trabajan en los diferentes servicios públicos.

Como veremos en adelante, si pocas cosas nuevas hay bajo el sol, ésta es una de ellas.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Formando parte de los principios de conducta de los empleados públicos, el artículo 54.1 (dentro del capítulo VI, del título III, dedicado a "*Deberes de los empleados públicos. Código de conducta*"), determina que aquéllos

"Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos".

Según se hará alusión más adelante, estamos ante un deber cuyo cumplimiento se deriva del derecho que les reconoce a los ciudadanos el artículo 35, i) de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ahora bien, ese reconocimiento con carácter universal (para toda clase de empleados públicos), no ha conducido a que las distintas regulaciones jurídicas dejaran de reproducir el deber, bien

como derecho de los ciudadanos, bien como deber de los empleados públicos⁶²⁸.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El marco jurídico regulador del personal estatutario no contempla, al uso y de forma directa, el deber que nos ocupa. Por el contrario, sí lo encontramos establecido de forma indirecta en su régimen disciplinario, esto es, en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, artículo 72.2, o); 72.3, d) y 72.4, c), que después examinaremos.

Dicho lo anterior, cabe añadir que puede entenderse, sin forzar la norma jurídica, que este deber se encuentra comprendido en uno de los deberes previstos en el artículo 19, letra i) de la citada Ley 55/2003; en concreto, en la obligación que tiene el personal estatutario de "*Respetar (...) el resto de los derechos (de los usuarios) que les reconocen las disposiciones aplicables...*". Disposiciones entre las cuales se encuentra, como ya se ha indicado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 35, i), reconoce a los ciudadanos el derecho "*A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios...*".

Es conveniente, además, comentar que presenta un cierto grado de contradicción el hecho de que el deber no se haya establecido en el artículo 19 de la Ley 55/2003 (precepto que recoge la relación de deberes del personal

⁶²⁸ Como ejemplo de ello, y por ser un sector tan distante al de esta tesis, se reproduce el artículo 34.1, letra j), de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, en el que se establece el derecho de los obligados tributarios "*...a ser tratado con el debido respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración tributaria*".

estatutario), de una forma directa y expresa, y, sin embargo, sí se encuentre contemplado:

a) En el artículo 17 de la Ley 55/2003, que contemplan los derechos individuales del personal estatutario y, entre ellos, el derecho de este personal *"...a ser tratado con corrección⁶²⁹, consideración⁶³⁰ y respeto⁶³¹ por sus jefes y superiores, sus compañeros y sus subordinados"* [número 1, letra f), in fine].

b) En el artículo 8.5 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que establece el deber de los ciudadanos de *"Mantener el debido respeto (...) al personal que preste servicios en los mismos"* (centros sanitarios).

Por otra parte, los antecedentes legislativos al respecto nos muestran que de los tres Estatutos de Personal sustituidos (actualmente sólo en parte) por el susodicho texto legal (Ley 55/2003), únicamente el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, no recogía el deber de respeto de forma directa (sí lo recogía de forma indirecta).

3.2.- Personal funcionario.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, el derogado artículo 79 de la

⁶²⁹ El diccionario de la Real Academia Española nos ofrece la definición de los términos: a) Corrección: y correcto: *"Cualidad de correcto (libre de errores o defectos). Cualidad de la persona de conducta irreprochable"*. b) Correcto: *"Dicho de una persona: De conducta irreprochable"*.

⁶³⁰ La definición del término "consideración" es: *"Urbanidad, respeto"*. De "urbanidad": *"cortesía, comedimiento, atención y buen modo"* (igual diccionario).

⁶³¹ Por último, la definición del término "respeto" (en la acepción que afecta) es: *"miramiento, consideración, deferencia"* (idéntico diccionario).

Ley de Funcionarios Civiles del Estado señalaba que *"Los funcionarios deben respeto (...) a las autoridades y superiores jerárquicos... (y deben) tratar con esmerada corrección al público y a los funcionarios subordinados..."*.

Actualmente, es el citado artículo 54.1 de la Ley 7/2007 el precepto de aplicación a esta clase de personal, transcrito en el inmediato apartado 2, al cual nos remitimos.

Para el ámbito interno de la Administración Pública, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 17 de enero de 2000⁶³², manifestaba que

"...la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE) y que este principio, en el ámbito de una relación funcional, se traduce en el deber de respeto⁶³³ y obediencia a las autoridades y superiores (art. 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁶³⁴)".

Manifestación del Tribunal Constitucional que no es aislada, ya que con anterioridad, en el año 1983 (sentencia número 81/1983, de 10 de octubre⁶³⁵) decía que *"Según la Constitución en su artículo 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional se convierte en deber «de respeto⁶³⁶ y*

⁶³² Referencia RTC 2000\6, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶³³ No subrayado en original.

⁶³⁴ En la actualidad, artículo 54.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁶³⁵ Referencia RTC 1983\81, correspondiente a la base de datos Aranzadi.

⁶³⁶ No subrayado en original.

obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» para los funcionarios...".

3.3.- Personal laboral.

El personal laboral tampoco cuenta con un reconocimiento directo y específico del deber. Sólo encontramos en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, que a los monitores de residencia escolar⁶³⁷ se les atribuye la función de "Atender al cumplimiento, por parte de los residentes, de las normas habituales de convivencia, respeto⁶³⁸ y comportamiento social (en salas, comedores, dormitorios, etc.)" (anexo I, catálogo y definiciones de categorías profesionales; grupo tercero).

3.4.- Personal estatutario, funcionario y laboral.

La naturaleza y el carácter común de la norma jurídica en donde se recoge el derecho del que deriva el deber (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), determina que contemplemos, de esta forma individualizada y referida a todo el personal, el correlativo deber que se impone como consecuencia del derecho que se reconoce a los ciudadanos en el ya indicado artículo 35, i) del consignado texto legal.

⁶³⁷ *"Son los trabajadores que, estando en posesión del título de FP 2, Rama Hogar, Especialidad Jardín de Infancia o Especialidad de Educador de Disminuidos Psíquicos, prestan servicios en las Residencias Escolares".*

⁶³⁸ No subrayado en original.

4.- Interrelaciones jurídicas.

4.1.- En el ámbito del Derecho objetivo y la doctrina de los Tribunales.

Si tenemos en cuenta las acepciones lingüísticas que nos dicen que la dignidad es la *"cualidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración"* y, así mismo, que es la *"actitud de quien no tolera esas cosas"*⁶³⁹; no tendremos objeción alguna para afirmar que la dignidad de la persona guarda relación con el deber que examinamos.

Desde la perspectiva del Derecho objetivo y sin pretensión de hacer un análisis sobre la expresión *"dignidad de la persona"*, hemos de recordar que la Ley de Leyes inicia su Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, proclamando que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10).

En el ámbito hermenéutico de ese Derecho, la doctrina del Tribunal Constitucional (sent. 53/1985, de 11 de abril⁶⁴⁰) indica que la dignidad de la persona es el *"Valor espiritual y moral inherente a la persona, íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y*

⁶³⁹ *"Diccionario de Uso del Español"*, de María Moliner.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua expresa que dignidad (del lat. dignitas, -atis) es *"Cualidad de digno. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse"*.

⁶⁴⁰ Referencia RTC 1985\53, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

familiar y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto⁶⁴¹ por parte de los demás" (fundamento jurídico primero).

4.2.- Libertad de expresión-deber de respeto.

En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante.

En la actualidad, y, en concreto, en el Estado español, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3⁶⁴² y de los derechos de los artículos 23.2 (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) y 20.1, a, (derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción), son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una

⁶⁴¹ Sin subrayar en original.

⁶⁴² Respectivamente: Por parte de la Administración Pública: servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En relación a los funcionarios: acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

situación del funcionario, en orden a la libertad de opinión, mucho más próxima a la del simple ciudadano.

Ahora bien, también el funcionario, en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, encuentra límites, pues ningún derecho carece de ellos, pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal.

Como, por otra parte, no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna, todos esos y otros factores (como, por ejemplo, que el funcionario actúe en su cualidad de tal o en su condición de simple ciudadano) han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia de otros países para determinar hasta dónde deben llegar las restricciones a algunos derechos y libertades de los funcionarios públicos.

Fruto de esa labor de interpretación casuística, la doctrina y la jurisprudencia suelen admitir que algunos de los criterios utilizables con tal fin son el de comprobar si la supuesta trasgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental o libertad pública pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio.

En definitiva, el fondo del asunto, pues, consiste en la ponderación de los deberes que al funcionario público le incumben y del ejercicio que pueda hacer de determinados

derechos que la Constitución le reconoce; actividad que corresponde realizar a los Tribunales de Justicia⁶⁴³.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 3640/2003, de 19 de diciembre⁶⁴⁴, complementa la doctrina expresada en el anterior párrafo. A saber:

"...debe recordarse con el Tribunal Constitucional (sentencias 6/1981, de 16 de marzo⁶⁴⁵ y 30/1982, de 1 de junio⁶⁴⁶) que en el proceso de comunicación se produce la libertad de expresión como derecho fundamental del que gozan todos los ciudadanos, pero se trata de un derecho que, reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución, no es, sin embargo, absoluto o ilimitado pues está sometido a límites específicos (número 4 del art. 20) y genéricos, explícitos o implícitos, como son los contenidos en los artículos 1.1, 9.1 y 10.1 de la Constitución (auto del Tribunal Constitucional número 375/1983, de 30 de julio⁶⁴⁷, añadiendo la sentencia del Tribunal Constitucional número 120/1983, de 15 de diciembre⁶⁴⁸, que entre los límites del artículo 20.4 de la Constitución se encuentra la necesidad de respetar el honor de las personas que, también, como otro derecho fundamental consagra el artículo 18.1 de la Constitución, por lo que el ejercicio de la libertad de expresión debe

⁶⁴³ *Mutatis mutandi*, se ha seguido, en lo esencial, el discurso mantenido por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 81/1983, de 10 de octubre.

⁶⁴⁴ Fundamento de Derecho segundo. Referencia JUR 2004\67990, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁴⁵ Referencia RTC 1981\6, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁴⁶ Referencia RTC 1982\30, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁴⁷ Referencia RTC 1983\375 AUTO, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁴⁸ Referencia RTC 1983\120), correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

enmarcarse en una determinadas pautas de comportamiento que el artículo 7 del Código civil expresa, con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y de ahí que el Auto 171/1985, de 6 de marzo⁶⁴⁹, señale que en el ámbito de las relaciones laborales, y lo son las que se dan entre funcionario y Administración, el juicio sobre la trasgresión o no del derecho al honor y del respeto a la buena fe, ocasionado por la emisión de determinadas expresiones verbales o escritas, viene atribuido a los Tribunales ordinarios, a quienes se somete la determinación de los hechos acaecidos, así como la calificación jurídica razonada de la legalidad de las conductas y muy concretamente en los supuestos de ofensas, fijando el derecho con que fueron realizadas y sus efectos con relación a sus superiores”.

Continúa indicando el Tribunal que

“Aplicando esta doctrina al caso presente, resulta que aún cuando las denuncias contenidas en los escritos de 10 de abril y 16 de mayo de 1996 sobre supuestas irregularidades y corruptelas acaecidas en el seno de la Gerencia Territorial (...), reproducción de otras similares hechas en 1991 y 1992, fueron en cierto modo ciertas, según se desprende del informe del Inspector General, de 8 de agosto de 1996, y aún cuando las expresiones en tales escritos contenidas han sido sacadas de su contexto real para darles mayor efectividad, es lo cierto que por el tono empleado, significado gramatical y estar expuestas

⁶⁴⁹ Referencia RTC 1985\171 AUTO, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

como interrogantes, de forma velada se referían a personas perfectamente determinadas o de fácil identificación (...), directamente referida al Jefe de Area, y como dichas expresiones sobrepasan el modo y manera de expresión coloquial, al hablar de engaño, coacción, desprestigio, connivencia o carencia de escrúpulos, es evidente que tales expresiones, aunque expuestas con cierta genericidad, sobrepasan los límites de la tutelada libertad de expresión, que tiene su frontera donde empieza la libertad de los demás⁶⁵⁰, y en este sentido (...), dicho proceder debe ser sancionado».

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sigue exponiendo que

«Como bien dice nuestro Tribunal Constitucional en su reciente sentencia número 101/2003, de 2 de junio de 2003⁶⁵¹, «Un dato especialmente significativo para resolver este recurso es el de la condición de funcionario del demandante de amparo, porque la sanción que se le impone es precisamente en aplicación del régimen disciplinario de los servidores públicos [art. 8, c), del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos: Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y, por tanto, no hubiera podido aplicarse a un ciudadano en el que no concurriera esa condición. Por ello, y dado que ésta es la principal defensa del recurrente, ha de recordarse la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión de los funcionarios, que se inició con la sentencia del Tribunal Constitucional

⁶⁵⁰ No subrayado en original.

⁶⁵¹ Referencia RTC 2003\101, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

número 81/1983, de 10 de octubre, en la que se declaraba que si bien «en una primera etapa del constitucionalismo europeo... solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia... al uso de determinadas libertades y derechos», tras la Constitución española de 1978 hay factores que «contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano».

“Además -añade el Tribunal-, de esa proximidad al status del ciudadano, la misma sentencia advierte que «ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna» (doctrina reiterada en la sentencia del Tribunal Constitucional número 141/1985, de 22 de octubre⁶⁵²), líneas éstas de argumentación en las que profundiza la sentencia del mismo Tribunal, número 69/1989, de 20 de abril⁶⁵³, que, tras reproducir las afirmaciones ya referidas, indica que «el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o

⁶⁵² Fundamento de Derecho tercero. Referencia RTC 1985\141, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁵³ Referencia RTC 1989\69, correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio»⁶⁵⁴.

“De toda esta doctrina jurisprudencial derivan los criterios aplicables a la hora de juzgar las posibles extralimitaciones en la libertad de expresión por parte de un funcionario, como es el hoy demandante de amparo. En primer término, deben considerarse superados los tiempos en que era exigible una lealtad acrítica a los servidores públicos, que gozan del derecho reconocido en el artículo 20.1, a), de la Constitución. En segundo lugar, que dadas las peculiaridades de la Administración pública es posible construir ciertos límites al ejercicio del citado derecho, límites que, sin embargo, dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate (sentencias números 371/1993, de 13 de diciembre⁶⁵⁵, y 29/2000, de 31 de enero⁶⁵⁶. También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la

⁶⁵⁴ Fundamento jurídico segundo.

⁶⁵⁵ Referencia RTC 1993\371 (fundamento de Derecho cuarto), correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

⁶⁵⁶ Referencia RTC 2000\29 (fundamento de Derecho quinto), correspondiente a la base de datos de Aranzadi.

autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio»".

A ello añade el Tribunal que fueron vertidas duras acusaciones sin seguir

"...los conductos reglamentarios de queja o expresión de su disenso, incluso ante los órganos jurisdiccionales, produciendo un desdoro de la imagen de la Administración a la que sirve e incidiendo en una conducta desvalorizada de sus superiores".

Precisamente, existe amplia doctrina de los Tribunales de Justicia señalando que no se incurre en responsabilidad cuando la queja o crítica se realiza siguiendo el procedimiento establecido, siempre que no exista *ánimus injuriando*.

5.- Incumplimiento del deber.

El incumplimiento del deber que examinamos puede conllevar, dependiendo de la naturaleza e intensidad de su trasgresión, el incurrir en responsabilidad disciplinaria y en responsabilidad penal. El examen del caso concreto determinaría lo que, en Derecho, procediese, de acuerdo, así mismo, con el principio de intervención mínima del Derecho penal. De todas formas, en el presente apartado va a ser contempladas ambas clases de responsabilidades.

5.1.- Ámbito disciplinario.

5.1.1.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El régimen disciplinario establecido en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla, dentro del grupo de faltas de carácter muy grave que prevé, tipo alguno que se dirija a reprochar la conducta trasgresora del deber que nos ocupa. En consecuencia, se ha de estar a lo que resulte del desarrollo que pudiera derivarse de lo previsto en el artículo 95.2 [letra p)] y 3 del indicado Estatuto Básico.

5.1.2.- Regulación específica referida al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

El régimen disciplinario del personal estatutario contempla el incumplimiento del deber desde la óptica de los tres tipos de infracciones existentes, como veremos a continuación:

a) Infracción muy grave: el artículo 72.2, o), de la Ley 55/2003, prevé como infracción de este carácter

"La grave agresión a cualquier persona con la que se relacionen en el ejercicio de sus funciones".

No hay lugar a dudas que al no especificar el supuesto de hecho la naturaleza de la agresión, queda comprendido en el mismo tanto las agresiones físicas como las verbales.

b) Infracción grave: como infracción de este carácter, el artículo 72.3, d), del mismo régimen disciplinario, nos define la conducta que responda a

"La grave desconsideración con los superiores, compañeros subordinados o usuarios".

a) Infracción leve: Por último, el punto 4, letra c), del artículo 72, contiene el supuesto de hecho calificado como infracción o falta leve:

"La incorrección con los superiores, compañeros subordinados o usuarios".

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Ya ha sido expuesto que el Estatuto Básico del Empleado Público no tipifica, en el grupo de faltas muy graves que contiene, la conducta negativa conculcadora del deber. Por ende, a este nivel de responsabilidad no es factible llegar, si bien queda pendiente de ver lo que depara el desarrollo anteriormente aludido de lo dispuesto en el artículo 95.2 [letra p)].

Por otra parte, no contempla el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, tipo alguno, con calificación jurídica de muy grave, en el que pueda subsumirse el incumplimiento del deber. Sí contempla, por el contrario, tipos comprendidos en la calificación de infracción de carácter grave y leve.

a) Infracción grave: El artículo 7.1,e), del Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, entiende como infracción de este carácter:

"La grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados".

Si el anterior tipo comprende a los superiores, compañeros y subordinados, el previsto en la letra o), del número 1, del artículo 7, de igual Reglamento, comprende exclusivamente a los administrados; considerando también infracción de carácter grave,

"La grave falta de consideración con los administrados".

Como podemos observar, el régimen disciplinario que se examina ha llevado a los extremos expuestos la división que se produce en lo que hemos llamado proyección interna y proyección externa del deber.

b) Infracción leve: Idéntico Reglamento, pero ya en su artículo 8,c), considera como infracción de carácter leve

"La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados".

No concurre, pues, en este caso, la separación a la que anteriormente se aludía, agrupando a ambas proyecciones -interna y externa- en un mismo tipo.

5.1.2.3.- Personal laboral.

Ya ha sido dicho que el VI Convenio Colectivo no contenía, de forma expresa y directa, manifestación de este deber. No podría decirse lo mismo respecto de su régimen disciplinario, en cuanto éste no sólo prevé supuestos de

hecho sancionables, sino que en dicho régimen (capítulo XII), su artículo 42.2, hace referencia a que

"Todo trabajador o trabajadora podrá dar cuenta por escrito, a través de sus representantes, de los actos que supongan faltas de respeto a su intimidad o a la consideración debida a su dignidad humana o laboral".

a) Infracción muy grave: el artículo 43.7 del VI Convenio Colectivo preceptúa que es infracción del presente carácter

"Los malos tratos de palabra u obra con superiores, compañeros y compañeras, personal subordinado o público en general".

b) Infracción grave: el artículo 44.3 del citado VI Convenio Colectivo presenta un supuesto de hecho de amplio ámbito, calificando jurídicamente como infracción grave

"La falta de consideración y respeto con los superiores, compañeros y compañeras, personal subordinado o público en general".

c) Infracción leve:

Finalmente, el artículo 45.2 del reiterado Convenio concreta con la presente calificación jurídica la conducta negativa que incumple el deber:

"La incorrección con el público, superiores, compañeros o compañeras o personal subordinado".

5.2.- Ámbito penal.

No siempre la conducta que incumple el deber de respeto presenta la intensidad suficiente como para subsumirse en el ámbito penal, como ya ha sido expuesto.

Dicho ello, se tratará seguidamente de las figuras jurídicas penales en las que se puede incurrir en determinadas ocasiones: la calumnia y la injuria (sin llegar a excluir el concurso con otros delitos).

a) Delito de calumnia:

El Código penal contempla en su artículo 205 la figura de la calumnia, definiéndola así:

"Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

Estamos en presencia del tipo básico de esta figura criminal, cuya pena se señala en el artículo que seguidamente se examina.

El aludido artículo 206 establece un tipo agravado cuando la acción se realiza con publicidad. Dice como sigue:

"Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses".

Finalmente, el artículo 207 del Código penal contempla la prueba del hecho criminal, con el siguiente tenor:

"El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado".

b) Delito de injurias:

Nos dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua que injuria es el *"Delito o falta consistente en la imputación a alguien de un hecho o cualidad en menoscabo de su fama o estimación"*. Por su parte, el diccionario de Uso del Español, de María Moliner, define el término como *"Insulto u ofensa; dicho o acción con que se ofende a alguien"*.

No se retiran ambas definiciones del concepto jurídico de injurias, ya que el artículo 208 del Código penal preceptúa que

"Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

El segundo párrafo del precepto se remite al concepto público que se tenga de la injuria para determinar si es grave o no, lo cual podrá dar lugar a la imputación de un delito o de una falta penal, según los caso. Así dice el referido párrafo:

"Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves".

Por su parte, el tercero y último de los párrafos se refiere a las injurias que consistan en la imputación de hechos:

"Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

El artículo 209 contempla un subtipo agravado por la publicidad:

"Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses".

Finalmente, el artículo 210 trata de la lo que podemos llamar prueba de la verdad de las imputaciones:

"El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas".

c) Disposiciones comunes a ambas figuras penales:

Los artículos 211 a 216 contemplan este tipo de disposiciones (capítulo tercero, del título XI, del libro II), y son las siguientes:

El artículo 211 nos habla del concepto de publicidad:

"La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante".

El artículo 212 se refiere a la responsabilidad civil de propietarios de medios informativos:

"En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria".

A su vez, el artículo 213 trata del supuesto de comisión de los delitos mediante precio, recompensa o promesa:

"Si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 ó 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años".

El artículo 214 se refiere al retracto del acusado en el siguiente tipo:

"Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquel en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador".

El artículo 215 trata de la querrela del ofendido, de la licencia del Juez o Tribunal y del perdón:

"1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. *El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130 de este Código”.*

El supuesto de hecho previsto en el artículo 216 habla de la reparación del daño:

“En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes”.

d) Falta penal:

La conducta que conlleve el incumplimiento del deber podría ser subsumida, en su caso, en el tipo previsto en el artículo 620.2º del Código penal (título I del libro III, denominado faltas contra las personas), definido como

“Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”.

XXI. DEBER DE EJERCER LAS FUNCIONES PROPIAS
CON LEALTAD, EFICACIA Y OBSERVANDO
LOS PRINCIPIOS APLICABLES.

1.- Introducción.

Reducir el enunciado del deber a una corta expresión conlleva el peligro de incurrir, aún cuando la misma reuniera su esencia, en algún tipo de mutilación que le reste sentido. No es esa la pretensión y enseguida tendremos cabal conocimiento de la formulación legal que se hace en el marco jurídico de aplicación.

2.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Como cuestión previa, se ha de reseñar, nuevamente, que los deberes recogidos parten o tienen su origen en la relación de deberes que contempla la ley 55/2003, por razón de la materia objeto de la tesis y clase de personal -el estatutario- eminentemente mayoritario que trabaja en centros públicos de carácter sanitario.

Pero también es oportuno señalar que bajo la intitulación del presente deber se podrían cobijar cuantos principios contempla el Estatuto Básico del Empleado Público (los previstos en el art. 52, en el art. 53 -principios éticos- y en el art. 54 -principios de conducta-), en cuanto el origen, anteriormente referido, habla, como después se verá, de la "*...observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables*" [art. 19, b), in fine, de la Ley 55/2003].

En este orden de cosas, es oportuno recordar:

a) Que los principios y reglas establecidos (en definitiva, deberes) en el Estatuto Básico del Empleado Público "*...informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*" (art. 52, párrafo segundo, del Estatuto).

b) Que el régimen disciplinario de los empleados públicos, previsto en el correspondiente Estatuto Básico, es de aplicación a los funcionarios públicos y, por ende, al personal estatutario (art. 93.1 y art. 2.3 y 4).

Sin olvidar ello, pero para evitar introducirnos no ya en los deberes de autoridades y empleados públicos en relación con el control sanitario, que es parte del objeto de la tesis, sino en una faceta o parcela puramente de Función Pública, se vienen examinando y se examinará aquí sólo los principios concretos enunciados en el deber.

Así, en el artículo 52, párrafo primero, se hace referencia a que los empleados públicos han de actuar con arreglo al principio -entre otros- de *eficacia*.

Por su parte, en el grupo de principios éticos, previstos en el artículo 53, su número 3 contempla un deber que se corresponde, en parte, con el que nos ocupa, señalando a los empleados públicos que

"Ajustarán su actuación a los principios de lealtad⁶⁵⁷ y buena fe con la Administración en la que presten

⁶⁵⁷ No subrayado en original.

sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos".

A mayor abundamiento, el número 8 del artículo 53 exige de los empleados públicos que

"Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia⁶⁵⁸, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización".

Como puede observarse, la referencia al principio de eficacia es una repetición de la exigencia prevista en el artículo 52 del mismo texto legal.

Pero es que, además, el reiterado principio de eficacia es un viejo conocido en el ámbito de la Administración Pública. Se encuentra recogido, *ad exemplum*, al más alto nivel normativo (art. 103.1 de la Constitución), en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 44 y 133.1 de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo), así como a nivel de ley formal [art.3 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, y art. 3,a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía⁶⁵⁹].

⁶⁵⁸ No subrayado en original.

⁶⁵⁹ Esta Ley deroga la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la cual recogía también el principio de eficacia en el número 1 de su artículo 34.

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

El artículo 19, letra b) de la ley 55/2003 contempla que el personal estatutario de los Servicios de Salud viene obligado a

"Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables".

Como podemos observar, el contenido del precepto transcrito puede ser perfectamente divisible en dos partes: la que nos habla de lealtad y eficacia, y la que se refiere a los principios.

Respecto de esta segunda parte, y teniendo en cuenta lo que ha sido expuesto en el apartado 2 del presente deber, se considera oportuno trasladar -en lo que interesa- el contenido del artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público, precepto que contiene los principios que han de presidir la actuación de los empleados públicos. Así dice:

"...y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres

y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes".

3.2.- Personal funcionario.

El artículo 81.1 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (no derogado por la Ley 7/2007), presenta, en su esencia, relación con el deber que nos ocupa al señalar que *"Los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo"*. Este precepto se encuentra ubicado en la sección dedicada a los *"Deberes"* del texto articulado antes indicado (sección 1ª del capítulo VII, del título III).

Pero independientemente de ello, al personal funcionario le es de aplicación el contenido del deber contemplado en el Estatuto Básico del Empleado Público, esto es, cuanto ha sido expuesto en el apartado 2 del presente deber.

Es evidente que si en algún momento se regula la posibilidad prevista en el artículo 2.3 de la Ley 55/2003, al personal funcionario le sería de aplicación el deber que se establece en el artículo 19, b) de la citada Ley.

3.3.- Personal laboral.

En el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía no se contempla el deber que nos ocupa, ni expresado como tal (contemplado directamente) ni de forma indirecta (derivado de su régimen disciplinario).

Consecuentemente, sería de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (contenido del apartado 2, del presente deber) y en el supuesto de que se llegara a materializar la previsión del artículo 2.3 de la Ley 55/2003, ocurriría igual que para los funcionarios, esto es, que se aplicaría al personal laboral lo previsto al respecto en esta norma formal.

4.- Interrelaciones jurídicas.

Se ha hablado anteriormente de los principios que el personal estatutario ha de tener en cuenta en el ejercicio de su profesión y en el desempeño de sus funciones. Ahora bien, tales principios son los que, específicamente, se dirigen a un tipo concreto de personal en forma de deber u obligación, pero no son los únicos que, ya de forma general, han de tenerse en cuenta por las personas que forman parte de la Función Pública de la Junta de Andalucía, por cuanto, por un lado, la ordenación y gestión de la indicada Función Pública han de estar presididas por los "*principios de objetividad, economía y eficacia*" y, por otro lado, también se establece que el personal que forma parte de la misma "*...desarrolle sus actividades concretadas conforme a los intereses del servicio y actúe siempre con objetividad, diligencia, profesionalidad, imparcialidad, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y atención a los administrados*" (art.2.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía⁶⁶⁰).

A mayor abundamiento, se ha de señalar que La Función Pública forma "*parte integrante de la estructura de la*

⁶⁶⁰ Disposición jurídica que, desde hace tiempo, se ha convertido su modificación o derogación en la asignatura pendiente del legislador andaluz y mucho más a partir de la vigencia del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía y del Estatuto Básico del Empleado Público.

Administración de la Junta de Andalucía", según el artículo 2.2 del citado texto legal, y la actuación de esta Administración Pública y, en general, de cualquier otra, como dice el artículo 103.1 de la Constitución, *"...sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho"*.

Principios que, junto con otros, se contemplan, asimismo, en el artículo 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, con la siguiente manifestación: *"La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos..."*.

Ahora bien, no son las únicas referencias normativas, por cuanto la mayoría de esos principios se vienen a repetir en el artículo 3 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que añade los principios o criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos (aplicable a todas las Administraciones Públicas⁶⁶¹).

⁶⁶¹ Recordemos que el artículo 2 de la Ley establece que *"1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado.- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.- c) Las Entidades que integran la Administración Local.- 2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación"*.

Volviendo al ordenamiento jurídico andaluz, hemos de hacernos eco de la reciente aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía⁶⁶², que contempla, no sin cierta novedad e innovación, los principios generales de organización y funcionamiento de la citada Administración. Así, su artículo 3 es del siguiente tenor:

"La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general a través de sus órganos y entidades instrumentales, con sujeción a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico. Se organiza y actúa de acuerdo con los principios de:

- a) Eficacia.*
- b) Jerarquía.*
- c) Descentralización funcional.*
- d) Desconcentración funcional y territorial.*
- e) Coordinación.*
- f) Lealtad institucional.*
- g) Buena fe.*
- h) Confianza legítima.*
- i) Transparencia.*

⁶⁶² BOJA nº. 215, de 31 de octubre -referencia LAN 2007\480, correspondiente a la base de datos de Aranzadi-, cuya vigencia tiene lugar a partir de los tres meses de su publicación en dicho periódico oficial, según su disposición final quinta.

- j) *Colaboración y cooperación en su relación con otras Administraciones Públicas.*
- k) *Eficiencia en su actuación y control de los resultados.*
- l) *Programación de sus objetivos.*
- m) *Coordinación y planificación de la actividad.*
- n) *Racionalidad organizativa mediante simplificación y racionalización de su estructura organizativa.*
- ñ) *Racionalización, simplificación y agilidad de los procedimientos.*
- o) *Imparcialidad.*
- p) *Igualdad de oportunidades y de trato de hombres y mujeres.*
- q) *No discriminación.*
- r) *Proximidad a la ciudadanía.*
- s) *Responsabilidad por la gestión pública.*
- t) *Buena administración⁶⁶³ y calidad de los servicios".*

⁶⁶³ Este principio de buena administración se encuentra recogido en el Artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, con el siguiente contenido: “*Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca*”.

La Ley a la que se remite el Estatuto es la aprobada como Ley 9/2007, cuyo artículo 5 nos indica el contenido del principio de buena administración. Así dice: “*1. En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:*

Si cuando existe un deber existe el correlativo derecho y viceversa, en el régimen jurídico del personal estatutario nos encontramos no sólo con el deber de ejercer la profesión o funciones, sino con el derecho correlativo de ejercer la profesión o funciones; si bien, se añade que se contempla en el artículo 17.1, a) de la Ley 55/2003, como derecho del personal estatutario *"...al ejercicio o desempeño efectivo de la profesión o funciones que correspondan a su nombramiento"*.

En el ámbito del procedimiento administrativo común y, en consecuencia, con aplicación a todas las Administraciones Públicas, encontramos algunas manifestaciones referidas al ejercicio de determinadas tareas o funciones, tales como las siguientes:

a) El artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere a las funciones de tramitación de la forma siguiente:

"1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas

a) Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.

b) Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.

c) Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.

d) Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.

e) Participar en los asuntos públicos.

f) Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.

g) Obtener información veraz.

h) Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.

2. En la organización y gestión de los servicios públicos se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad".

para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos.

2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública que corresponda".

b) El artículo 42.7 del ya citado texto legal se refiere a la funciones de resolución de los asuntos en los términos siguientes:

"El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente⁶⁶⁴".

c) Por su parte, el artículo 74 de la Ley que nos ocupa, además de afirmar en su número 1 que el procedimiento está sometido al criterio de celeridad e imponer que se impulse de oficio en todos sus trámites, se refiere, así mismo, a la tramitación de los asuntos pero desde otra perspectiva:

⁶⁶⁴ Modificado por Ley 4/199, de 13 de enero.

"1. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

2. En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo".

Finalmente, y relacionado con las funciones que incumben al personal que presta servicios en las Administraciones Públicas, el artículo 48.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nos habla de la remisión del expediente por parte de la Administración demandada, responsabilizando a "la autoridad o empleado responsable" de su envío al Juzgado o Tribunal petionario⁶⁶⁵.

⁶⁶⁵ El artículo 48.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, dice así: "Transcurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación, y si no se enviara en el término de 10 días contados como dispone el apartado 3, tras constatarse su responsabilidad, previo apercibimiento notificado personalmente para formulación de alegaciones, se impondrá una multa coercitiva de 300,50 a 1.202,02 euros a la autoridad o empleado responsable. La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido.

De darse la causa de imposibilidad de determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable, la Administración será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable".

5.- Incumplimiento del deber.

5.1.- Ámbito disciplinario.

En un orden normal del desarrollo de las cuestiones que afectan directamente al deber que nos ocupa, la trasgresión del mismo sólo debe tener una vertiente disciplinaria.

Decimos ello porque nos encontramos ante un contenido que se corresponde con la misión esencial de una de las partes que conforman el que podríamos denominar binomio prestación-contraprestación, propio de toda relación bilateral. Estamos hablando del "hacer" por el que se devenga la retribución mensual, es decir, de la función que dentro del servicio público que se preste tiene asignada la persona. Y, precisamente, la importancia de ello podría determinar que, en algún supuesto y de forma indirecta, derivara la cuestión disciplinaria, además, en una cuestión de índole penal. Sin embargo, la casuística que podría presentarse es tan heterogénea que, en principio, vamos a considerar sólo el aspecto administrativo-disciplinario.

5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Partiendo de que se habla de las propias funciones desarrolladas en el puesto de trabajo que se sirve, el único tipo de los previstos en el artículo 95.2 de la Ley 7/2007 que, en algún caso, tendría aplicación es el previsto en su letra g), definido como

"El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas".

Por lo demás, habrá que estar a lo que pueda derivarse, en su caso, de lo establecido en el artículo 95.2, [letra p)] y 3.

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

La regulación establecida en el régimen disciplinario de aplicación al personal estatutario tipifica supuestos de hecho específicos para las conductas negativas que trasgredan este deber, calificándolas tanto de leves como de graves o muy graves, según la entidad del hecho infractor.

Pasamos a examinar cada una de ellas:

a) Infracción muy grave: En el artículo 72.2, f) se contempla esta infracción, definida como

"El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios".

b) Infracción grave: El artículo 72.3,c) de la Ley 55/2003 regula como conducta acreedora de esta calificación jurídica,

"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave".

c) Infracción leve: Dos posibilidades hallamos en el artículo 72.4, de la Ley 55/2003: una, la prevista en su letra d), en la que se tipifica como infracción del personal estatutario

"El descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones cuando no afecte a los Servicios de Salud, Administración o usuarios".

La otra posibilidad se encuentra regulada en su letra f) como

"El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave".

5.1.2.2.- Personal funcionario.

Al personal funcionario le es de aplicación el régimen jurídico previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que cuanto se ha indicado en el apartado 5.1.1 es válido y transferible al presente epígrafe.

Además de lo indicado, el artículo 8, letras d) y e), del Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, contienen dos tipos inespecíficos, calificados como faltas de carácter leve, en los que podría existir posibilidad de subsumir una conducta negativa que atentara contra la que impone el deber. A saber, respectivamente:

"El descuido o negligencia (del funcionario) en el ejercicio de sus funciones".

"El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave".

Es al amparo de esta última tipificación [art. 8, e)], donde surge la posibilidad de calificar una conducta negativa como infracción de carácter grave o muy grave. Ahora bien, es de menor certeza que dichas calificaciones pudieran ser mantenidas por los órganos judiciales que conocieran de ello.

5.1.2.3.- Personal laboral.

Partiendo de la consideración de que al personal laboral le es de aplicación el régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, la remisión a lo indicado en el apartado 5.1.1 del presente deber es obligada.

Dicho lo anterior, se ha de tener presente que el VI Convenio Colectivo (vigente en todo cuanto no contradiga o se oponga al anteriormente citado régimen disciplinario), contempla como infracción de carácter grave (artículo 44.5)

"...el incumplimiento de los deberes contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores".

Pues bien, el único deber que podría tenerse por trasgredido es el contemplado en el apartado a) del indicado precepto (*"Cumplir con las obligaciones concretas*

de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia").

5.2.- Ámbito penal.

En principio, nada nos mueve a sopesar que la conducta conculcadora del presente deber pudiera ser acreedora de responsabilidad criminal, por cuanto el Código penal no contempla tipo alguno en el que pudiera subsumirse dicha conducta.

XXII. DEBER DE ATENDER LOS SERVICIOS
ESENCIALES EN CASO EN CASO
DE HUELGA

1.- Introducción.

La razón de incluir este deber en el repertorio de deberes de la tesis no es otro que el hecho de que el cumplimiento de los servicios esenciales, en el caso de huelga, presenta, en el sector sanitario público, unas características particulares, de las que tendremos ocasión de tratar.

Concurre en el deber la circunstancia de la colisión de varios derechos reconocidos al más alto nivel normativo, cuestión que lo presenta con mayor complejidad.

2.- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

No existe regulación positiva del deber o, dicho de otra forma, no regula la Ley 7/2007 deber directo alguno al respecto. Por el contrario, y derivado del régimen disciplinario que establece dicha norma, sí podemos decir que es exigible, coactivamente, a los empleados públicos, el deber de cumplimiento de los servicios esenciales en el caso de huelga, como después tendremos ocasión de comprobar.

También es cierto que el artículo 15 del Estatuto Básico del Empleado Público, que contempla los "*derechos individuales ejercidos colectivamente*", además de establecer el derecho "*Al ejercicio de la huelga*", añade

seguidamente "*...con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*" [letra c)].

3.- Regulación específica relativa al personal.

3.1.- Personal estatutario.

Puede predicarse exactamente igual que se ha dicho en el anterior apartado 2, esto es, que no ha sido contemplado como deber directo por la Ley 55/2003. Sí lo contempla, por el contrario, como deber indirecto, es decir, deber que, como sabemos, deriva del régimen disciplinario de aplicación.

A similitud de lo regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 18 de la Ley 55/2003, que contempla los derechos colectivos del personal estatutario, al mismo tiempo que reconoce (a dicho personal) el derecho de huelga, añade -sin solución de continuidad- "*...garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población*" [letra c)].

3.2.- Personal funcionario y personal laboral.

Tanto para el personal funcionario como para el personal laboral es aplicable, así mismo, lo indicado en el número 2 inmediato anterior, esto es, que, por un lado, el resto de normativa funcional no contempla el deber que nos ocupa y, por otro lado, que por el VI Convenio Colectivo tampoco es contemplado. En ambos casos, además, el deber se establece de forma indirecta por el régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

4.- Interrelaciones normativas.

En el apartado número 7 del "*Deber de adopción de medidas preventivas*" se abordó la temática relativa al derecho de huelga y, consiguientemente, cumplimiento de los servicios esenciales, en relación con la salud. Con la finalidad de evitar la repetición expositiva, me remito a dicho apartado.

Independientemente de ello, pero, a su vez, con conexión con dicha temática, se ha de matizar, en relación a la limitación del derecho de huelga a través de la adopción de medidas preventivas en el supuesto de que sea necesario para proteger la salud pública, que los argumentos jurídicos que fueron expuestos no tienen aspiración alguna de pretender transmitir el mensaje de que el derecho de huelga puede ser anulado en determinadas circunstancias, siquiera temporalmente. Sería ello tratar no sólo de ir contra la propia historia del progreso social, despreciando el "precio" que la clase trabajadora ha tenido que "pagar" para conquistar aquel medio de defensa de sus intereses, sino que también representaría -y jurídicamente hablando esto es lo trascendente- el ir contra el propio texto constitucional y la doctrina de su máximo intérprete; en definitiva, contra el Estado de Derecho que se proclama en el frontispicio de dicho texto (aberración jurídica rechazable desde cualquier punto de vista).

Se trata, por el contrario, con los argumentos reflejados, de situar jurídicamente la cuestión, en el sector que nos ocupa, el de la salud pública, a través del propio contenido constitucional y de la hermenéutica del

Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Doctrina que no estaría fuera de lugar sintetizar en este lugar:

1) El derecho de huelga no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones impuestas por el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

2) El derecho de huelga en ningún caso puede ser anulado por los poderes públicos o por los particulares, ni directa ni indirectamente.

3) En el supuesto de conflicto entre el derecho de huelga y aquellos otros derechos que puedan afectar al bien jurídico protegido de la salud o la vida o, lo que tan directamente está relacionado con ello, priman siempre estos derechos frente al derecho de huelga.

En otro orden de cuestiones (extra salud pública), y como carga para los empleados públicos, el ejercicio del derecho de huelga conlleva la deducción proporcional de sus haberes por el tiempo no trabajado. En este sentido se regula:

a) En el Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 30.2 preceptúa que *"Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales"*.

b) En el artículo 41.6 de la Ley 55/2003, cuyo contenido da la impresión que ha sido copiado por el indicado Estatuto Básico.

Por otra parte, no puede obviarse el ya citado Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (norma anterior a la vigencia de la Constitución pero que el Tribunal Constitucional depuró en su sentencia de 1981 -también ya referenciada-), que en defecto de desarrollo constitucional es la disposición jurídica que contiene algunos aspectos del procedimiento a seguir para el ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, el deber que nos ocupa guarda relación con el artículo 37.2 de la Constitución, que nos dice lo siguiente:

“Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo⁶⁶⁶. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

5.- Incumplimiento del deber.

5.1.- Ámbito disciplinario.

La conducta trasgresora del deber de atender los servicios esenciales en caso de huelga, es vista por el legislador bajo una sola perspectiva, la correspondiente a

⁶⁶⁶ “El conflicto colectivo es una controversia entre una pluralidad de trabajadores y uno o varios empresarios, cuyo contenido afecta a las relaciones de trabajo por cuenta ajena. Repercute de forma indiferenciada sobre una colectividad de trabajadores en cuanto tal, es decir, concurre un interés colectivo -de clase, de grupo, de categoría-” [sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio y de 21 de octubre, de 1997 (referencias RJ 1997\5567 y 1997\9154, respectivamente, correspondiente a la base de datos de Aranzadi).

En la práctica, su distinción con los conflictos plurales, que también afectan a varios trabajadores, es difícil; sin embargo, en estos el interés controvertido es una mera suma de intereses individuales [sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 21 de enero de 1995 (Diccionario Jurídico Espasa Calpe).

las faltas de carácter muy grave; respondiendo a la trascendencia que tiene, en un momento dado, cumplir un servicio que se proyecta sobre un bien jurídico fundamental para la integridad y vida de los ciudadanos, como puede ocurrir en el ámbito o sector objeto de nuestro estudio.

5.1.1.- Regulación prevista en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Estatuto Básico del Empleado Público al hablar de los servicios esenciales, ya en el ámbito de los derechos individuales ejercidos colectivamente se refería a ello, relacionando el derecho de huelga con la obligación del mantenimiento de los servicios esenciales. Así, señala en su artículo 15, letra c), que los empleados públicos tienen el derecho "*Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*".

En precepto posterior del mismo texto, en concreto, en el régimen disciplinario que establece, contempla el deber -evidentemente, de forma indirecta- en la relación de faltas de carácter muy grave que prevé en su artículo 95.2, letra m), con el siguiente tenor

"El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga".

5.1.2.- Regulación específica relativa al personal.

5.1.2.1.- Personal estatutario.

El artículo 72.2,j) de la Ley 55/2003, establece que el personal estatutario incurre en falta de carácter muy grave por

"El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales establecidos en caso de huelga".

Además del tipo transcrito, contempla otro referido a la misma materia en la letra ñ), de idéntico precepto y número, como es *"La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga o a impedir el adecuado funcionamiento de los servicios esenciales durante la misma"*.

5.1.2.2.- Personal funcionario.

El personal funcionario se rige por el régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (en todo aquello que este Reglamento no se oponga o contradiga al indicado Estatuto). En el caso del deber que nos ocupa, dicho Reglamento es coincidente con la Ley 7/2007, por lo que no habría que entenderlo derogado en la letra l), de su artículo 6, que considera falta muy grave

"El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga".

Nota bene, que a efectos de la tipificación de un hecho que responda al incumplimiento de atender los servicios esenciales en caso de huelga, no es necesario contemplar el tipo reglamentario que nos ocupa, sino que lo determinante es la reseña del tipo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, tipificación a la que nos remitimos desde aquí.

5.1.2.3.- Personal laboral.

Al personal laboral le es de aplicación el régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y por el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, en todo lo que no se oponga o contradiga al indicado Estatuto.

Por ende, teniendo presente que el citado Convenio no contempla regulación positiva del deber ni tipo alguno referido al incumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga, sólo se ha de considerar el régimen disciplinario previsto en el susodicho Estatuto Básico, (si en el futuro es desarrollada la previsión contemplada en el artículo 2.3 de la Ley 55/2003, habrá que tomar en consideración el régimen disciplinario previsto en esta Ley).

Consecuentemente, nos remitimos a lo expuesto en el punto o apartado número 5.1.1 del presente deber.

5.2.- Ámbito penal.

Si bien está prevista la facultad de adoptar medidas preventivas en el supuesto de que sean necesarias para proteger la salud pública, así mismo el artículo 315 del Código penal tipifica las extralimitaciones que atenten contra libertad sindical. El contenido del indicado precepto es el siguiente:

"1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de

necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga".

CONCLUSIONES

1.- La alta consideración que para el ser humano le merece su propia salud tiene su correspondencia con el tratamiento que otorga la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a todo lo relacionado con el bien salud. Se está, pues, ante un sentimiento al que se le da un valor jurídico positivo relevante.

2.- Se presenta, sin solución de continuidad, una clara correlación entre la creación del Estado de Derecho y el ejercicio del poder público en la actualidad; evidenciándose que el principio de legalidad representa el faro jurídico que conduce y guía el referido ejercicio del poder, especialmente el poder ejecutivo o actuación de los órganos administrativos de las Administraciones Públicas.

Así, los órganos administrativos actúan regidos por el postulado que define el principio de legalidad (actuación sólo cuando esté prevista en norma jurídica) y por los criterios que determinan tanto la obligatoriedad de dicho actuar o (lo que es lo mismo) ejercicio de su competencia, como la imposibilidad de abstenerse de ejercerla. De otro modo, el órgano ejercería su competencia cuando lo entendiese conveniente, no obstante tenerla atribuida.

3.- Del mismo modo que se impone a los citados órganos el referido ejercicio de su competencia, el ordenamiento jurídico protege su actuación (con fundamento en el interés general que persiguen), mediante el principio de presunción (*iuris tantum*) de validez de los actos administrativos; si bien, esta protección no es absoluta (*ni iuris et de iure*),

por cuanto el propio ordenamiento jurídico prevé que los actos administrativos puedan estar viciados y, en consecuencia, contempla también unas determinadas causas de invalidez de los mismos.

Las presunciones aludidas no son simplemente apotegmas jurídicas, sino que, *ad exemplum*, el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, las contempla cuando regula (art. 16.4), por un lado, las pruebas periciales analíticas: *"La renuncia expresa o tácita a efectuar el análisis contradictorio o la no aportación de la muestra obrante en poder del interesado, supone la aceptación de los resultados a los que se hubiese llegado en la práctica del primer análisis"* (presunción *iuris et de iure*); por otro lado, cuando se refiere (art. 17.3) a la consignación documental de las actuaciones inspectoras de los profesionales farmacéuticos (entre otros): *"Los hechos que figuren recogidos en las actas de la inspección se presumirán ciertos, salvo que del conjunto de las pruebas que se practiquen resulte concluyente lo contrario"* (presunción *iuris tantum*).

4.- La articulación que realiza el ordenamiento jurídico estatal de la competencia de los órganos administrativos (atribución expresa de la competencia-presunción de validez en su ejercicio-causas de invalidez de la actuación), tiene vocación universal (su origen se encuentra en el principio de legalidad, esencia del Estado de Derecho) y, por ende, son aplicables a todas las disciplinas jurídico-públicas (sin exclusión o aplicación diferenciada para ningún sector) los criterios establecidos por el derecho objetivo y los emanados por la doctrina jurisprudencial para la articulación de la competencia. Por ende, los criterios y requisitos referidos no se detienen en el umbral del

Derecho sanitario, ni, más concretamente, en el ejercicio de la competencia relativa a materia de "intervención pública en la salud".

Partiendo de lo expuesto, también se concluye, en lo relativo al ejercicio de las funciones atribuidas a los empleados públicos competentes en materia de intervención pública en la salud (adopción de medidas preventivas), que éstos han de tener en cuenta en su actuación la doctrina sobre funciones esenciales o sustanciales y funciones complementarias a éstas, establecida por los Tribunales de Justicia.

5.- La Constitución no atribuye ni prevé competencias en materia de salud pública para la Administración Local (tampoco lo hace sobre otras materias; sólo se refiere a su autonomía), contrariamente a lo que ocurre con las Comunidades Autónomas y con el Estado. Ahora bien, fuera del sistema de atribución de competencias, de los artículos 43, 51 y 15 de la Constitución se derivan, para todos los poderes públicos (incluidos los municipales) títulos competenciales en materia de intervención en la salud pública (adopción de medidas preventivas). Del marco legal que desarrolla el citado texto constitucional (Ley General de Sanidad, Ley de Salud de Andalucía y legislación estatal y autonómica sobre consumidores) se concluye lo mismo: la competencia de los municipios en la referida materia. En consecuencia, estos entes territoriales locales tienen competencia (compartida con el Estado y con las Comunidades autónomas) para el control y vigilancia de la salud pública.

Ahora bien, en el ámbito municipal andaluz y referido ello a algunos municipios de capitales de provincia, nos

encontramos con el llamado "régimen de excepción" que arranca de la década de los años 50 (*posibilidad de organizar los servicios benéficos y sanitarios del municipio en forma peculiar*) y se mantiene de hecho a través del tiempo, lo que representa no sólo un anacronismo, sino un total atentado a la Constitución y a la legalidad ordinaria sectorial antes referida, produciendo, a su vez, una importante disfuncionalidad en la unidad de acción en defensa y tutela del derecho a la protección de la salud pública.

6.- No existe un procedimiento administrativo específico que regule la actuación de las Administraciones Públicas y de sus órganos en materia de intervención pública en la salud, si bien, en algún caso muy concreto, una parte de la referida actividad se encuentra reglada. Procedimiento que sería deseable y necesario para evitar lagunas innecesarias que se han de integrar con preceptos y normas no específicas, que no siempre se adaptan a las peculiaridades propias de la actuación que nos ocupa.

7.- En materia de salud se viene hablando, desde siempre, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de competencias compartidas entre la Administración estatal y la Administración Local, así como (a partir de la vigente Constitución) entre ésta y las Administraciones autonómicas. No obstante ello, en la doctrina de autores no es pacífica la conceptualización y clasificación de las competencias; a pesar de que en el derecho objetivo (Estatuto de Autonomía para Andalucía) y en la doctrina de los Tribunales de Justicia se habla de competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias concurrentes.

8.- El vínculo jurídico que nace entre empleados públicos y Administración Pública está integrado por una relación orgánica y otra relación de servicio. Esta doble relación no es una entelequia, sino que para los profesionales farmacéuticos y otros profesionales sanitarios se pone de manifiesto en la Ley de Salud de Andalucía cuando refiere que los municipios pueden recabar el apoyo del personal de las áreas de salud, añadiendo que tendrá la consideración de personal al servicio de los municipios, a estos solos efectos, con sus obligas consecuencias en cuanto a régimen de recursos y responsabilidades personales y patrimoniales (arts. 40.2 y 41). Se establece, pues, una relación de servicio entre el citado personal y los municipios que recaben el apoyo referido, quedando la relación orgánica en su origen, esto es, entre el personal y el Servicio Andaluz de Salud.

De la aludida relación de servicio surgen los deberes de los mencionados profesionales farmacéuticos (también del resto de los empleados públicos), pudiendo ser modificada, a unos y otros, unilateralmente por la Administración Pública (*potestas variandi*) sin más límite que la aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos.

Deberes, aquéllos (directos e indirectos) que no todos guardan relación con la actividad derivada de la intervención pública en la salud, ni con el respecto de los derechos de los ciudadanos (condicionamiento que ha determinado la exposición de tales deberes).

9.- Si la Ley 55/2003, de carácter básico, unificó a través del Estatuto Marco los tres regímenes jurídicos aplicables a los respectivos colectivos de personal estatutario que prestaban y prestan servicios en el Sistema Nacional de

Salud; la Ley 7/2007, de igual carácter, también unificó lo que es común a todos los funcionarios (incluido el personal estatutario) y las normas específicas aplicables al personal laboral, removiendo, a su vez, los pilares jurídicos de la relación de servicio de todos los empleados públicos.

Pues bien, desde esa perspectiva de regulación común, la citada Ley 7/2007 impone, por pertenecer la materia objeto de la tesis (intervención pública en la salud) al grupo de actividades que implican el ejercicio de potestades públicas o salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, que las actuaciones que sean realizadas en el ámbito de las actuaciones de control y preventivas (adopción de medidas de tal carácter) sólo puedan ser desarrolladas por empleados públicos que ostenten la condición de funcionarios.

10.- El concepto de funcionario público no es coincidente en Derecho penal y en Derecho administrativo. En aquél no cabe hacer distinciones entre personal estatutario, funcionario o laboral; extendiéndose su aplicación, junto con el derecho administrativo sancionador (principio *bis in idem*, reverso del *non bis in idem*), a todos los empleados públicos por igual, sanitarios o no sanitarios, previa ponderación del principio de intervención mínima.

11.- A cada uno de los colectivos (personal estatutario, personal funcionario y personal laboral) que prestan servicios en el Sistema Nacional de Salud les es de aplicación un régimen jurídico distinto (respectivamente: régimen estatuario, régimen funcional y régimen laboral); lo cual conduce a que los referidos colectivos no

tengan idénticos deberes (incluidos los directos e indirectos). Ciertamente es, no obstante, que los citados regímenes contemplan deberes que, en algunos casos, son coincidentes en la forma (expresión) y en el fondo y, en otras ocasiones, sólo en el fondo.

De todas formas, el Estatuto Básico del Empleado Público ha venido a minorizar ello de forma relevante, existiendo, a partir de su entrada en vigor, un grupo de deberes que se aplica por igual a todos los empleados públicos.

12.- Las funciones de inspección no se encuentran expresa y específicamente atribuidas a tipo alguno de empleado público, salvo en el ámbito andaluz, en el caso de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía (Especialidades de Farmacia y Veterinaria) y aquellos otros funcionarios que, perteneciendo a otros Cuerpos, ocupan puestos de trabajo que expresamente tienen atribuida la función inspectora (Inspectores de Consumo).

Los profesionales de Farmacia, antes aludidos, así como los demás profesionales habilitados, que realicen funciones de inspección tienen la consideración de agentes de la autoridad; si bien se ha de tener en cuenta que el carácter de autoridad que atribuye el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, debe entenderse no vigente en el ámbito andaluz a partir de la vigencia de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

13.- El derecho propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía no es coincidente con el derecho estatal, en lo que se refiere a la presunción de certeza y a la

consideración del personal que realiza funciones de inspección. Aquél, por un lado, atribuye a las actas y diligencias extendidas por los profesionales de Farmacia y demás profesionales que realizan funciones de inspección, naturaleza de documento público y presunción *iuris tantum* (esta presunción se atribuye también a los hechos consignados en tales documentos). Por otro lado, se reconoce a los indicados profesionales la condición de agente de la autoridad. Sin embargo, en el Derecho estatal y básico, para que los hechos (sólo los hechos) gocen de la presunción que nos ocupa, los actuantes (únicamente funcionarios, sin que se distinga ninguna otra clase de empleado público) han de tener la consideración de autoridad.

Respecto de los términos de "autoridad" y "agente de la autoridad", por una parte, no existe definición en el Derecho administrativo, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho penal; por otra parte, en ambas ramas jurídicas, en concreto, el Código penal y la Ley General de Sanidad, contienen preceptos que establecen diferencias entre "autoridad" y "agente de la autoridad".

14.- Las situaciones en las que procede la adopción de medidas preventivas, además de regularse reiteradamente, pueden hacer compleja la actuación de los profesionales de Farmacia competentes en la materia y la de aquellos otros empleados públicos con competencia para actuar, debido a la forma en la que se encuentran descritas las indicadas situaciones. No cabe duda que la referida regulación podría ponerse como ejemplo opuesto a lo exigido por el principio de seguridad jurídica y la técnica legislativa.

Por el contrario, existe identidad de criterio en cuantas normas regulan la naturaleza de las referidas medidas preventivas, coincidiendo en preceptuar que no tienen carácter sancionador.

15.- La facultad o competencia para la adopción de las medidas preventivas no tiene carácter dispositivo, sino imperativo, y ha de ejercitarse tanto si se ha iniciado la lesión o daño en el bien jurídico protegido, esto es, en la salud pública, como cuando, sin llegar a producirse, existen indicios racionales de que podría llegar a consumarse.

16.- La Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración Local (se entiende que no son necesarias aquí mayores precisiones), a través del Derecho interno sectorial, estatal y autonómico, y la doctrina de los Tribunales de Justicia (Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), se encuentran habilitadas suficientemente para llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias en materia de intervención pública en la salud y, en concreto, para adoptar las medidas necesarias, sobre las cosas y sobre las personas, en situaciones de riesgo para la salud pública, con la finalidad de dar satisfacción al derecho de protección de la salud, incluida la medida de destrucción de la mercancía. A mayor abundamiento, incluso en ámbitos que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas, como es el supuesto de privación de libertad de la persona o en caso de huelga, el derecho de protección de la salud priva sobre el derecho fundamental de huelga (eso sí, sin llegar a su anulación).

Las referidas medidas preventivas no puede adoptarlas todo empleado público o autoridad, sino aquellos que, por una causa u otra, se encuentran habilitados para tal actividad, como es el caso de los profesionales sanitarios farmacéuticos pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de la Junta de Andalucía.

Una vez adoptada la medida preventiva de que se trate, cuantos gastos se deriven de dicha medida serán por cuenta de quienes con su conducta los hubieran originado.

17.- El "*Deber de adopción de medidas preventivas*" y, en menor medida, el "*Deber prestar colaboración profesional por razones de urgencia o necesidad*"; se conforman como los pilares jurídicos sobre los que se asienta el derecho de protección de la salud; sin embargo, los demás deberes que se recogen representan las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone (junto con los tipos aplicables del Código penal), en orden al respeto de los derechos e intereses de los ciudadanos, en el actuar de aquellos empleados públicos (entre los que se encuentran los profesionales de Farmacia) que tienen la competencia y obligación de proteger la salud de éstos.

Las conductas negativas trasgresoras de los deberes directos e indirectos siempre tienen una determinada repercusión o trascendencia disciplinaria; sin embargo, no siempre presentan una trascendencia o repercusión de carácter criminal.

Por otra parte, existen deberes directos cuya manifestación encuentra réplica específica en el régimen disciplinario de aplicación, supuesto que no concurre en otros casos, dando lugar ello a que las conductas

trasgresoras de los mismos se tengan que subsumir en tipos genéricos.

FUENTES JURÍDICAS

Previo a la relación de fuentes bibliográficas consultadas, haciendo honor a la realidad, se hace expresar, enfatizando, que han sido tenidas en cuenta, sobremanera, dos fuentes de datos fundamentales (columnas que sostienen el “edificio” jurídico):

1) La doctrina de los Tribunales de Justicia volcada en sus resoluciones, a través de la base de datos de la editorial Aranzadi.

2) El derecho objetivo que recoge la también correspondiente base de datos de dicha editorial.

BIBLIOGRAFIA

- Abajo Quintana, J.: *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y parlamentarios*. Boletín Oficial del Estado, 1994.

- Alvarez Rico, Manuel y González-Haba Guisado, V. M.: *Administración y Función Pública en España*. Editorial Dykinson, 1998.

- Andrés Morey, Juan: *La Función Pública : necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema libre*. Edita Instituto Nacional de la Administración Pública, 2004.

- Andrés Pérez, M^a. del Rocio: *La notificación y publicación de los actos administrativos*. Editorial: Bosch, 2006.

- Angel Menendez Rexach y otros: *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*. Editorial Colegio de Registradores de España, 2005.

- Artiñano del Rio P. y Muñoz Fernández, S.: *La Protección Municipal del Medio Ambiente*. Editorial La Ley-Actualidad, 1998.

- Bacigalupo Saggese, Mariano y Linde Panlagua, Enrique: *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Editorial Colex, 2003.

- Baena del Alcazar, Mariano: *Organización Administrativa*. Editorial Tecnos, 1984.

- Bandrés Sánchez-Cruzat; J. M.: *El Principio de Subsidiariedad y la Administración Local*. Editorial Marcial Pons, 1999.

- Barrero Rodríguez, Concepción: *La Prueba en el Procedimiento Administrativo* (3^a edición). Editorial Aranzadi, 2006.

- Bauza Martorell, F. J.: *Procedimiento administrativo electrónico*. Editorial Comares, 2002.

- Bbrewer-Carias, A. R.: *Principios del procedimiento administrativo* (1^a edición). Editorial Cívitas, 1990.

- Beato Espejo, Manuel: *Cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*. Editorial Tecnos, 2002.

- Beladiez Rojo, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Editorial Marcial Pons, 1994.
- Beltrán Aguirre, J. L. y otros: *Legislación sobre sanidad estatal, de Andalucía y Extremadura*. (3ª edición). Editorial: Tecnos, 2005.
- Bermejo Vera, J.: *El Declive de la Seguridad Jurídica en el Ordenamiento Plural*. Editorial: Civitas - Thomson Company, 2005.
- BOE: *Código Alimentario*. Editorial boletín oficial del Estado, 1991.
- BOE: *Estatuto básico del empleo público*. Editorial Boletín Oficial del Estado, 2007.
- BOE: *Guía para la aplicación de la legislación de productos sanitarios*. Editorial BOE.
- BOE: *La reforma de los sistemas sanitarios*. Editorial BOE, 1998.
- BOE: *Modelos de Función Publica Comparada*. Editorial Boletín Oficial del Estado, 1997.
- Boltaina Bosch, Xavier: *La Funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas españolas*. Editorial: Cedecs, 2005.
- Boquera Oliver, J. M.: *Estudios sobre el Acto Administrativo* (6ª edición). Editorial Cívitas, 1990.
- Cáceres Galán, F.: *Formulario de Procedimiento administrativo común. Desarrollo documental de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. Editorial Bosch, 1996.
- Cantero Martínez, J.: *El empleo público: entre Estatuto funcional y contrato laboral*. Editorial: Marcial Pons, 2001.
- Caraza Cristin, Mª. del Mar: *La Cámara de Cuentas de Andalucía y el procedimiento administrativo común*. Editorial Civitas-Thomson Company, 2002.
- Carbonell Porras, E.: *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*. Edita Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- Cardona Torres, J.: *Funcionarios públicos* (2ª edición). Editorial Bosch, 1991.
- Castañeira Fernández, Jaime: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*. Editorial Aranzadi, 2006.
- Chalud Aguilera, C. y Chalud Lillo, E.: *Procedimiento administrativo. Comentarios a las modificaciones Introducidas por la Ley 4/1999*. Editorial Bayer Hermanos, 1999.
- Chaves García, J. R.: *Los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Publicas*. - Editorial Trea, 1999.
- Cierco Sieira, César: *Administración pública y salud colectiva. Marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Editorial Comares, 2006. Civitas, 1990.
- Cobo Olvera, Tomás: *Régimen jurídico de las Administraciones Publicas. Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial* (2ª edición). Editorial El Consultor de Los Ayuntamientos, 2002.
- Consejo General del Poder Judicial: *Personal estatutario de la Seguridad Social*. Edita Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- Cordero Saavedra, Luciano: *Régimen de Trabajo en las Administraciones Públicas*. Editorial Laborum, 2003.

- Cueto Pérez, Mirian: *Ordenación Farmacéutica : Regulación Estatal y Autonómica*. Editorial: Marcial Pons, 1998.
- Cueto, Carlos de y Jordán, Javier: *La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico*. Editorial Comares, 2005.
- David Larios Risco: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*. Editorial Lex Nova, 2007.
- Entrena Cuesta, R.: *Curso de Derecho Administrativo (volumen I y II)*; 6ª edición. Editorial Tecnos, 1980.
- Escuin Palop, Vicente: *Elementos de Derecho público (4ª edición)*. Editorial Tecnos, 2005.
- Fernández Costales, Javier: *El Contrato de Servicios Médicos*. Editorial Cívitas, 1988.
- Fernández del Vallado, J. y Herrero de Miñón, M.: *Especialización y Profesión Médica, la Garantía Constitucional de las Profesiones Tituladas*. Editorial Civitas - Thomson Company, 1997.
- Fernández Domínguez, Juan José y Rodríguez Escanciano, Susana: *El acceso al empleo público*. Edita Centro de Estudios Financieros, 2005.
- Fernández Domínguez, Juan José y Rodríguez Escanciano, Susana: *La movilidad en la función pública: Entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*. Editorial Cinca, 2004.
- Fernández Fernández, Juan José y Castillo Vázquez, Isabel Cecilia del: *Manual de las notificaciones administrativas (2ª edición)*. Editorial Cívitas, 2004.
- Fernández Pastrana, José María: *El servicio público de la sanidad*. Editorial Cívitas, 1984 (primera edición).
- Fernández Ramos, Severiano: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Editorial Marcial Pons, 1997.
- Fuentetaja Pastor, J. A.: *Función Pública Comunitaria*. Editorial: Marcial Pons, 2000.
- Galán Cortés, Julio Cesar: *El consentimiento informado*. Editorial Colex, 1997.
- Galán Ribes, Santiago: *Los Derechos del Paciente*. Editorial Ediciones Fausí, 1988.
- Gamero Casado, E.: *Notificaciones Telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*. Editorial Bosch, 2005.
- Gámez Gámez, J.A. , Benitez Torres, F. y Gámez Gámez, A.: *Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Servicio Andaluz de Salud*. Edita Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- Garberí Llobregat, J.: *El Procedimiento Sancionador*. Editorial Tirant lo Blanch, 1994.
- Garberí Llobregat, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe: *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y legislación complementaria (6ª edición)*. Editorial Colex, 2007.
- Garberí Llobregat, José y otros: *El Procedimiento Administrativo Común. (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)*. Editorial: Tirant Lo Blanch, 2006.
- García de Enterría, E. y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. (4ª edición; reimpresión revisada). Editorial Civitas, Madrid, 1984.
- García de Enterría, Eduardo: *Código de las Leyes Administrativas*. Editorial Cívitas, 1994.

- García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (4ª edición). Editorial Civitas, 2006.
- García de Enterría, Eduardo: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Editado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1994.
- García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Cívitas, 1981.
- García de Enterría, Eduardo y Escalante Sánchez, José Antonio: *Código de la Función Pública. Régimen general* (2ª edición). Editorial: Civitas - Thomson Company, 1999.
- García Gómez de Mercado, Francisco y otros: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo* (3ª edición). Editorial Aranzadi, 2004.
- García Luengo, Javier: *Principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, 2002.
- Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J. M.: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Editorial Civitas, 1993.
- Gimenez Glück, David: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Editorial Bosch, 2004.
- Goig Martínez, Juan Manuel y Nuñez Rivero, Cayetano: *El sistema constitucional español según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Universitas, 2004.
- Gómez Álvarez, T.: *Manual de legislación farmacéutica*. Editorial Síntesis, 2004.
- Gómez Fernández, Itziar: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional*. Editorial: Civitas, 2006.
- Gómez Muñoz, José Manuel: *Libre circulación de trabajadores en empleo público*. Edita Consejo Económico y Social, 1996.
- Gómez Puente, Marcos: *La inactividad de la Administración* (3ª edición). Editorial Aranzadi-Thomson Company, 2002.
- González Díaz, Francisco Antonio: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*. Editorial Aranzadi - Thomson Company, 2003.
- González Navarro, Francisco: *Procedimiento administrativo local*. Editorial Lustel, 2005.
- González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (2ª edición). Editorial Cívitas, 1994.
- González Pérez, Jesús: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* (2ª edición). Editorial Cívitas, S.A., 1988.
- González Pérez, Jesús: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Editorial Cívitas, 1983.
- González Pérez, Jesús: *Justicia administrativa. Legislación y jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional* (2ª edición). Editorial Cívitas, 1999.
- González Pérez, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Editorial Cívitas, 1990.

- González Pérez, Jesús: *Manual de Práctica forense Administrativa* (1ª. edición). Editorial Cívitas, 1988.
- González Pérez, Jesús: *Manual de Procedimiento Administrativo* (2ª edición). Editorial Civitas, 2002.
- González Pérez, Jesús; González Navarro, Francisco y González Rivas, Juan José: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992* (1ª edición). Editorial Cívitas, 1999.
- González Rivas, J.J.: *Estudio Jurisprudencial del Acto Administrativo*. Editorial Comares, 1989.
- González Rivas, Juan José: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, 2005.
- González Salinas, Pedro y Lizarraga Bonelli, Emilio: *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Editorial Civitas - Thomson Company, 2004.
- González Salinas, Pedro: *Formularios de Procedimiento Administrativo*. Editorial Cívitas, 1984.
- Guillen Carames, Javier: *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. Editorial Civitas - Thomson Company, 2002.
- Gutiérrez Casas, Fernando; Marzo Martínez, Blanca y Aguilar Burgos, María Gema: *Manual del farmacéutico para evitar demandas judiciales (El nuevo modelo de farmacia del siglo XXI)*. Editorial Edisofer, 2004.
- Hernández González, Francisco: *La caducidad del procedimiento administrativo*. Editorial Montecorvo, 1998.
- Hernández Martín, Ángel: *Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*. Editorial Dykinson, 1997.
- Hernández Sanz, José Enrique y García González, Mª. N.: *Relaciones de empleo, trabajo y Seguridad Social en el sector público*. Editorial Tecnos, 1999.
- Jaén Vallejo, M.: *La presunción de Inocencia en la Jurisprudencias Constitucional*. Editorial Akal, 1987.
- Jiménez Plaza, Carmen: *El Fumus Boni iuris. Un análisis jurisprudencial*. Editorial: lustel, 2005.
- Jiménez Plaza, M.: *Tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*. Editorial: Atelier Libros, 2004.
- Lamata, F.y Ortega, F.: *La Decada de la Reforma Sanitaria*. Editorial: Ex - Libris Ediciones, 1998.
- Leguina Villa, J. y otros: *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Editorial Tecnos, 1993.
- Lenza García, J. F. y otros: *Organización y Procedimientos Administrativos* (libro homenaje al Profesor Francisco González Navarro). Editorial: Aranzadi-Thomson Company, 2007.
- León Sanz, Pilar: *La Implantación de los derechos del paciente. Comentarios a la Ley 41/2002*. Autor: Editorial Universidad de Navarra –EUNSA, 2004.
- Linde Paniagua, Enrique: *Procedimiento administrativo. Cuestiones prácticas*. Editorial Colex, 2005.

- López Merino, F: *La notificación en el ordenamiento jurídico español*. Editorial TAL, 1987.
- López-Font Márquez, J. F.: *La Configuración Jurídica del Principio de Autoridad'*. Editorial Cívitas, 1993.
- Lorenzo de Membiela, Juan B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Manual práctico de la Función Pública*. Editorial: Aranzadí - Thomson Company, 2005.
- Lorenzo de Membiela, Juan B.: *Licencias y permisos de los funcionarios públicos (prontuario de legislación, jurisprudencia y resoluciones de la Comisión Superior de Personal)*. Editorial Aranzadi - Thomson Company, 2001.
- Lorenzo de Membiela, Juan B.: *Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública. Estudio Normativo, Jurisprudencial y Doctrinal*. Editorial: Aranzadi - Thomson Company, 2002.
- Lorenzo de Membiela, Juan B.: *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera. Manual práctico de la función pública*. Editorial: Aranzadi-Thomson Company, 2006.
- Lorenzo y Montero, Ricardo de: *Derechos y obligaciones de los pacientes*. Editorial Colex, 2003.
- Losada González, Herminio: *Código de la función pública*. Editorial lustel, 2006.
- Machado Ruiz, M^a. Dolores: *La Discriminación en el Ámbito de los Servicios Públicos: Análisis del Art. 511 Cp*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2002.
- Mad (editorial): *Legislación Farmacéutica estatal, de las Comunidades Autónomas y de la Unión Europea* (volumen I y II). Editorial Mad, 2001.
- Mad, editorial: *Nueva Legislación Sanitaria Española. Presente y futuro de los profesionales de la Salud*. Editorial Mad (colección Jurídica), 2003.
- Madrid Cenzano, J. y Madrid Vicente, A.: *Los Aditivos en los Alimentos, (según la Unión Europa y la Legislación Española)*. Editorial Mundi Prensa Libros, 2000.
- Manzana Laguarda, Rafael: *Derechos y Deberes del Funcionario Público*. Editorial Tirant Lo Blanch, 1996.
- Manzana Laguarda, Rafael: *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*. Editorial Revista General del Derecho, 1998.
- Marina Jalvo, Belén: *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Editorial Lex Nova, 2007.
- Marina Jalvo, Belén: *Régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (3^a edición). Editorial Lex Nova, 2006.
- Martínez Fagundez, César: *Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Cívitas 2006.
- Martínez Ferrer, Salvador: *El procedimiento administrativo (formularios, legislación y jurisprudencia)*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.
- Martínez Nieto, Antonio: *Formularios de procedimiento administrativo común* (3^a edición). Editorial La Ley-WoltersKluwer, 2000.
- Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis: *La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria* (colección Jurisprudencia Práctica). Editorial Tecnos, 1992.

- Martínez-Pereda Rodríguez, J. M.: *La Imprudencia Punible en la Profesión Sanitaria según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Colex, 1985.
- Martínez-Pereda Rodríguez, J. M.: *Legislación sanitaria de España*. (2ª edición). Editorial Colex, 2003.
- Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y otros: *Constitución Española. Doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (3ª edición). Editorial Colex, 1997.
- Mónica Domínguez Martín: *Formas de gestión de la sanidad pública en España*. Editorial: La Ley- WoltersKluwer, 2006.
- Meseguer Yebra, J.: *El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela*. Editorial: Bosch, 2000.
- Meseguer Yebra, J.: *El principio "non bis in ídem" en el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Bosch, 2000.
- Meseguer Yebra, J.: *El trámite de información pública en el procedimiento administrativo*. Editorial Bosch, 2001.
- Meseguer Yebra, J.: *La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Bosch, 2002.
- Meseguer Yebra, J.: *La competencia administrativa y sus modulaciones*. Editorial Bosch, 2002.
- Meseguer Yebra, J.: *La prescripción de las infracciones administrativas*. Editorial Bosch, 2002.
- Meseguer Yebra, J.: *La rectificación de los errores materiales, de hecho y aritméticos en los actos administrativos*. Editorial: Bosch, 2001.
- Meseguer Yebra, J.: *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*. Editorial Bosch, 2000.
- Meseguer Yebra, J.: *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Bosch, 2001.
- Meseguer Yebra, J.: *Las irregularidades no invalidantes de los actos administrativos*. Editorial Bosch, 2001.
- Meseguer Yebra, J.: *Las medidas provisionales en vía administrativa*. Editorial Bosch, 2000.
- Meseguer Yebra, J.: *Procedimiento administrativo común: solicitud y subsanación*. Editorial Bosch,
- Mestre Delgado, Juan Francisco: *Derecho de acceso a archivos y registros administrativos* (2ª edición). Editorial: Civitas, 1998.
- Molina García, Monica: *El contrato de trabajo en el sector público*. Editorial Comares, 2000.
- Morell Ocaña, Luis: *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I). Editorial Aranzadi, 1996.
- Morote Sarrión, José Vicente: *Las circulares normativas de la Administración Pública*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.
- Moyna Mengües y otros: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (2ª edición). Editorial Colex, 1996.

- Murcia Tomas, M^a. *Recopilación legislativa española de interés para el sector alimentario*. Editorial Universidad de Murcia, 1999.
- Mut González, F.: *La aplicación del Derecho del trabajo en las Empresas Públicas*. Editorial Tirant Lo Blanch, 1997.
- Nicolás Ortiz, Carlos: *El Derecho a la Salud y los Derechos de los Enfermos*. Editorial Encuentro Ediciones, 1983.
- Nieto García, A.: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- Obra colectiva. Coordinadores: Rodrigo Bercovtz y Javier Salas. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Editorial Civitas, 1992.
- Obra colectiva: *Constitución Española explicada*. Editorial Londonbil, 2006.
- Obra colectiva: *Derechos en salud para el siglo XXI*. Editorial European Pharmaceutical Law Group, 2004.
- Obra colectiva: *Estatuto básico del empleado público. Informe de la comisión abril 2005*. Edita Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.
- Obra colectiva: *Jurisprudencia Constitucional en Materia de Sanidad y Consumo* (volumen I, II y III). Editorial Ministerio de Sanidad y Consumo, 2000.
- Obra colectiva: *Ordenación sanitaria : Los servicios de salud en las CC.AA*. Editorial Ministerio de Sanidad y Consumo, 2005.
- Obra colectiva: *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento administrativo Común*. Editorial BOE, 2006.
- Oliván del Cacho, J.: *Procedimiento Sancionador y Estado Autonómico*. Editorial Cedecs, 1996.
- Olivera Masso , P.: *Comentarios y Concordancias a la Ley 29/2006, del medicamento*. Editorial: Aranzadi - Thomson Company, 2007.
- Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J.: *Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud*. Editorial: Civitas - Thomson Company, 2006
- Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la Función Pública.- Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*. Editorial Dykinson, 1996.
- Palomar Olmeda, Alberto: *Código de la Función Pública* (2^a Edición). Editorial Aranzadi-Thomson Company, 2006
- Palomar Olmeda, Alberto: *Código del Empleo Público*. Editorial Aranzadi - Thomson company, 2003.
- Palomar Olmeda, Alberto: *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos* (3^a edición). Editorial Dykinson, 1996.
- Palomar Olmeda, Alberto: *Derecho de la Función Publica: régimen jurídico de los funcionarios públicos* (7^a edición). Editorial Dykinson, 2003.
- Palomar Olmeda, Alberto: *El sistema de carrera y su aplicación a los Cuerpos Superiores de la Administración*. Editorial Dykinson, 2002.
- Palomar Olmeda, Alberto: *Manual Jurídico de la Profesión Medica*. Editorial Dykinson, 1998.

- Palomar, Alberto; Parejo, Luciano y Vaquer, Marcos (Coordinadores). *La reforma del sistema nacional de salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Editorial: Marcial Pons, 2004.
- Parejo Alfonso, Luciano: *La Organización de los Servicios Públicos Sanitarios*. Editorial Marcial Pons, 2001.
- Pastor Gonsálbez, Inmaculada: *La gestión privada en la Administración Pública*. Editorial Consejo Económico y Social, 2006.
- Pedro González Salinas y Emilio Lizarraga Boneli (Coordinadores.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*. (2ª edición). Editorial: Civitas - Thomson Company, 2005.
- Pemán Gavín, Juan María: *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios Jurídicos*. Editorial Comares, 2005.
- Peña González, J.: *Historia política del constitucionalismo español*. Editorial: Dykinson, 2006.
- Pérez Calvez, Juan Francisco: *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Editorial Bosch, 2004.
- Quadra-Salcedo, Tomás de la: *Derecho de la Sanidad y los Medicamentos : Seis Estudios*. Editorial Ministerio de Sanidad y Consumo, 2000.
- Ramio Matas, Caries: *Teoría de la organización y Administración Pública*. Editorial: Tecnos, 1999.
- Retana Iza, Nicolás: *La Sanidad pública en España, 1950-2000*. Editorial Cinca, 2005.
- Reyes López, M^a. José: *Derecho de Consumo*. Editorial General de Derecho, 1993.
- Rivera Ortega, Ricardo: *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Editorial: Aranzadi - Thomson Company, 2007.
- Roberto L. Blanco Valdés: *Introducción a la Constitución de 1978*. Editorial Alianza, 2006.
- Rodríguez Escanciano, Susana y Fernández Domínguez, Juan José: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*. Editorial Tiran Lo Blanch, 2006.
- Rodríguez Pontón, F. J.: *La Articulación de las Garantías Administrativas y Jurisdiccionales en el Sistema del C.E.D.H*. Editorial Civitas, 2005.
- Romero Coloma, Aurelia M^a.: *La Medicina Ante los Derechos del Paciente*. Editorial Montecorvo, 2002.
- Ruano Rodríguez, Lucía: *Constitución, Función Pública y empleo laboral*. Editorial Aranzadi - Thomson Company, 1998.
- Sánchez Morón, Miguel: *Derecho de la Función Pública (4ª edición)*. Editorial: Tecnos, 2004.
- Sánchez Morón, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial: Tecnos, 1995.
- Sánchez Sáez, Antonio José: *Descentralización y Subsidiariedad : Hacia una Nueva Configuración del Estado*. Edita Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- Sande Pérez-Bedmar, María de: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*. Editorial Lex Nova, 2007.

- Sarmiento Ramirez-Escudero, Daniel: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.
- Sendin García, Miguel Ángel: *Regulación y servicios públicos*. Editorial Comares, 2004.
tas, 1990.
- Tolosa Tribiño, César y García Gil, Francisco Javier: *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales* (3ª edición). Editorial: Dapp, 2005.
- Varios: *Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*. Editorial: B.O.E., 2006.
- Vicente Domingo, Ricardo de: *El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública*. Editorial Tirant Lo Blanch, 1997.
- Xiol Ríos, J. A.: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso Administrativo*. Editorial Colegio de Registradores de España, 2005.