



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 169 JUNIO 2019.

Editado por la Secretaría General del Sescam.

ISSN 2445-3994

asesoria.juridica@sescam.jccm.es

EQUIPO EDITORIAL:

D. Vicente Lomas Hernández.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

D. Alberto Cuadrado Gómez.

Secretaría General. Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

AVISO LEGAL. Se autoriza de manera genérica el acceso a su contenido, así como su tratamiento y explotación, sin finalidad comercial alguna y sin modificarlo. Su reproducción, difusión o divulgación deberá efectuarse citando la fuente.

SUMARIO:

-DERECHO SANITARIO-

1.-LEGISLACIÓN

I.-LEGISLACIÓN COMUNITARIA:	3
II.-INICIATIVAS LEGISLATIVAS:	3
III.-LEGISLACIÓN ESTATAL:	3
IV.-LEGISLACIÓN AUTONÓMICA:	4

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

CREACIÓN DE LA CATEGORÍA DE TÉCNICO SUPERIOR JURÍDICO / TÉCNICA SUPERIOR JURÍDICA EN LA C.A. DE ISLAS BALEARES.	7
---	---

3.- SENTENCIAS PARA DEBATE:

EL DERECHO AL REEMBOLSO DE GASTOS POR ADQUISICIÓN DE LA HORMONA DEL CRECIMIENTO PRESCRITA POR EL FACULTATIVO SIN EL INFORME FAVORABLE DEL COMITÉ ASESOR DEL MINISTERIO.	9
---	---

4.- TRIBUNA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA 13 DE JUNIO DE 2019 (ASUNTO C-317/2018). JUR\2019\185413. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN LABORAL EN SUPUESTOS DE REVERSIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. (Julián Pérez Charco)	11
--	----

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS

I- RECURSOS HUMANOS.	17
II- CONTRATACIÓN PÚBLICA.	21
III- PROFESIONES SANITARIAS.	24
IV- SALUD LABORAL.	25
V- DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.	26
VI- PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA.	26
VII- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SILENCIO ADMINISTRATIVO.	28
VIII- LABORAL.	30
IX- RESPONSABILIDAD SANITARIA.	32
X- MEDICAMENTOS.	36
XI- PRESTACIONES SANITARIAS.	37
<u>6.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.</u>	38

-NOTICIAS-

- Selección de las principales noticias aparecidas en los medios de comunicación durante el mes de Junio de 2019 relacionadas con el Derecho Sanitario y/o Bioética. 40

-BIOÉTICA y SANIDAD-

<u>1.- CUESTIONES DE INTERÉS.</u>	42
<u>2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.</u>	43

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN COMUNITARIA.

- Reglamento (UE) 2019/933 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 469/2009 relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos.

boe.es

II. INICIATIVAS LEGISLATIVAS.

- 125/000010 Proposición de Ley sobre modificación parcial de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (corresponde al número de expediente 125/000023 de la XII Legislatura).

congreso.es

- Proposición de Ley 125/000004 de Universalización del Derecho a la Asistencia Sanitaria Pública (corresponde al número de expediente 125/000011 de la XII Legislatura). Presentada por la Junta General del Principado de Asturias.

congreso.es

III. LEGISLACIÓN ESTATAL.

- Orden DEF/598/2019, de 27 de mayo, que modifica la Orden DEF/2892/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen las especialidades complementarias del Cuerpo Militar de Sanidad.

boe.es

- Actualiza las clasificaciones de prótesis distintas a las prótesis de miembros, prótesis auditivas y otros recambios de componentes externos de implantes quirúrgicos para el Sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud.

boe.es

- Resolución de 18 de junio de 2019, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de prórroga del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y Farmaindustria.

boe.es

II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

CASTILLA Y LEÓN.

- Orden SAN/585/2019, de 11 de junio, por la que se establecen los requisitos mínimos para la constitución y funcionamiento de las Subcomisiones de Docencia de especialidades de enfermería.

bocyl.es

- Orden EYH/315/2019, de 29 de marzo, por la que se regulan medidas dirigidas al alumnado escolarizado en centros educativos sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Castilla y León que presenta necesidades sanitarias o socio sanitarias.

bocyl.es

ISLAS BALEARES

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de junio de 2019 de corrección de errores del Decreto 39/2019, de 17 de mayo, sobre la promoción de la dieta mediterránea en los centros educativos y sanitarios de las Illes Balears.

boib.es

- Decreto 45/2019, de 24 de mayo, por el que se crean, modifican y suprimen diversas categorías de personal estatutario en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears.

boib.es

CATALUÑA

- Acuerdo GOV/91/2019, de 25 de junio, por el que se crea el Plan de atención integrada social y sanitaria (PAISS).

portaldogc.gencat.cat

ARAGÓN

- Orden SAN/675/2019, de 11 de junio, por la que se crea el Portal Electrónico de Gestión de Recursos Humanos del Servicio Aragonés de Salud y se establecen las medidas iniciales para su puesta en marcha.

boa.aragon.es

CANTABRIA

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de mayo de 2019, por el que se aprueba el Acuerdo de medidas complementarias para la organización de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Cántabro de Salud.

boc.cantabria.es

- Orden SAN/38/2019, de 23 de mayo, por la que se regula el procedimiento para la acreditación en la Comunidad Autónoma de Cantabria de las enfermeras y enfermeros, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano.

boc.cantabria.es

- Orden SAN/37/2019, de 23 de mayo, por la que se crea y regula el Comité de Bioética de Cantabria.

boc.cantabria.es

ANDALUCÍA

- Resolución de 13 de junio de 2019, de la Secretaría General de Investigación, Desarrollo e Innovación en Salud, por la que se aprueban los modelos de contratos económicos para la realización de ensayos clínicos, de estudios posautorización de tipo observacional con medicamentos de uso humano y de investigaciones clínicas con productos sanitarios en el sistema sanitario público de Andalucía.

juntadeandalucia.es/boja

CANARIAS

- ORDEN de 23 de mayo de 2019, por la que se modifica parcialmente la Orden de 15 de julio de 1999, que determina el sistema y procedimiento de evaluación de los Jefes de Servicio y de Sección de carácter asistencial en las unidades de asistencia especializada del Servicio Canario de la Salud, y la Orden de 31 de octubre de 2012, que regula el procedimiento para la provisión de los puestos de jefatura de servicio y de sección de carácter asistencial en las unidades de asistencia especializada de los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud.

boc.es

- Instrucción nº 11/2019, de 21 de mayo, del Director, por la que se aprueba el procedimiento para la acreditación del cumplimiento de requisitos por enfermeras y enfermeros para la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

boc.es

MURCIA.

- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se aprueba la Instrucción 3/2019 que regula la formación de inventario de bienes del Servicio Murciano de Salud y ordena la realización de planes extraordinarios de revisión, regularización y valoración de elementos, instalaciones y bienes integrantes del inventario de activos fijos.

borm.es

LA RIOJA.

- Decreto 25/2019, de 14 de junio, para promover una alimentación saludable en todos los centros educativos y sanitarios de La Rioja y en organismos pertenecientes a la administración autonómica.

bor.es

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- CREACIÓN DE LA CATEGORÍA DE TÉCNICO SUPERIOR JURÍDICO / TÉCNICA SUPERIOR JURÍDICA EN LA C.A. DE ISLAS BALEARES.

Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho.
Licenciado en CC. Políticas.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica

La evolución organizativa y funcional de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Seguridad Social, propició importantes cambios a todos los niveles, siendo uno de los más relevantes la aprobación del Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud. El artículo 9.1.d) de la citada disposición reglamentaria establece la obligación de que todos los centros hospitalarios dispongan de una asesoría jurídica, configurada como “*área de actividad*” adscrita a la Gerencia del Hospital.

Desde la época del extinto Insalud la realización de estas funciones de asesoramiento jurídico ha sido asumida por personal estatutario de gestión y servicios pertenecientes al Grupo Técnico de la Función Administrativa (A1). Esta es en gran medida la situación actual en la inmensa mayoría de los Servicios de Salud, si bien algunos de ellos tienen creada para el ámbito exclusivo de las Instituciones Sanitarias una categoría profesional específica, como es el caso de Baleares, y mucho antes el Servicio Canario de Salud (SCS), y el Servicio de Salud de Castilla y León (SACYL). Éste último tiene creada por Ley 2/2007, de 7 de marzo, la categoría profesional estatutaria de “*Titulado Superior Jurídico*”. El personal estatutario de esta categoría asume el ejercicio de las funciones de asesoramiento, estudio y propuesta en derecho sobre aquellas materias relacionadas con las distintas áreas de actividad del centro o Institución Sanitaria, en especial en materia de contratación administrativa, reclamaciones, recursos administrativos y responsabilidad patrimonial, así como cualquier otra de similares características, no atribuidas expresamente por disposición legal o reglamentaria a funcionarios de otros cuerpos y escalas de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Junto a estas Comunidades Autónomas cabría destacar aquellas otras que no han creado la categoría de asesor jurídico, pero sí contemplan en su normativa autonómica la existencia de esta unidad administrativa en sus Instituciones Sanitarias. Tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón -Decreto 174/2010, de 21 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de la estructura y funcionamiento de las áreas y sectores del Sistema de Salud de Aragón- o la Comunidad Autónoma de Murcia- Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se publica el Reglamento de Organización, Estructura y Funcionamiento de la Gerencia de Área V de Murcia-. Así, el artículo 31 del citado Decreto aragonés, bajo la rúbrica “*áreas de actividad*” , establece que “*Dependen del Director de gestión y servicios generales, entre otras, las siguientes áreas de actividad (...) Asesoría Jurídica...*”

Finalmente cabría destacar un tercer grupo de Comunidades Autónomas que no han creado la categoría profesional de asesor jurídico, y que continúan aplicando en el ámbito de sus Instituciones Sanitarias, el mencionado RD 521/1987. Las funciones propias de la asesoría jurídica serían asumidas en todas estas CCAA por personal estatutario del Grupo Técnico de la F. Administrativa (A1) de la modalidad jurídica, licenciados en Derecho. En estos otros Servicios de Salud (por ejemplo, Servicio de Salud de Madrid, SERMAS) las pruebas selectivas de acceso a plazas del Grupo Técnico de la F. Administrativa (A1) contemplan dos modalidades claramente diferenciadas - modalidad jurídica y la modalidad económica- lo que permite tener cubiertas las necesidades de estudio y análisis superior tanto jurídico, como de gestión económico-presupuestaria de todas aquéllas cuestiones relacionadas exclusivamente con las actividades propias de su ámbito competencial.

El Decreto balear objeto de comentario, en su art. 12 dispone:

- 1. Se crea la categoría estatutaria de técnico superior jurídico / técnica superior jurídica.*
- 2. Grupo de clasificación: subgrupo A1.*
- 3. Titulación exigida para acceder: licenciatura o grado universitario en derecho.*
- 4. Funciones: dirección, programación, estudio, propuesta, coordinación, gestión, control e inspección, asesoramiento, representación y, en general, las de carácter jurídico de nivel superior.*
- 5. Retribuciones: deben ser las mismas que correspondan a la categoría estatutaria de grupo técnico de la función administrativa, hasta que esta se extinga.*

Asimismo y como correlato de lo anterior proceden en el art. 29 a la “extinción de la categoría de grupo técnico de la función administrativa e integración en las nuevas categorías de técnico superior jurídico / técnica superior jurídica, técnico/técnica superior del área económica y técnico/técnica superior de administración y gestión”.

3.- SENTENCIA PARA DEBATE

- EL DERECHO AL REEMBOLSO DE GASTOS POR ADQUISICIÓN DE LA HORMONA DEL CRECIMIENTO PRESCRITA POR EL FACULTATIVO SIN EL INFORME FAVORABLE DEL COMITÉ ASESOR DEL MINISTERIO.

Vicente Lomas Hernández.

Doctor en Derecho.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam

Disparidad de criterios en torno al derecho al reembolso de gastos por la adquisición de este medicamento en los supuestos en los que no consta el informe favorable del Comité Asesor. La **STSJ Castilla- La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia 375/2018, 15 Mar. Recurso 346/2017**, manifiesta que no pueden prevalecer los informes de la pediatra de la niña, aun siendo personal perteneciente al Servicio de Salud, frente a los emitidos por el Comité Asesor del Ministerio de Sanidad, con un mayor grado de especialidad y objetividad, a los efectos de reconocer a sus padres el derecho al reintegro de los gastos médicos incurridos para el tratamiento con la hormona del crecimiento al que fue sometida.

El sometimiento al tratamiento de la hormona del crecimiento exige como requisito previo la prescripción del especialista y la autorización del Comité Asesor de la Hormona del Crecimiento y, una vez obtenido éste, que su adquisición se realice a través de los servicios de farmacia de los hospitales, para evitar el uso abusivo.

Recuerda el TSJ que el Comité Asesor de la Hormona del crecimiento es un órgano colegiado, constituido por expertos profesionales de prestigio y amplia experiencia en la utilización de este medicamento, siendo este órgano el que fija los criterios objetivos para la admisión de su tratamiento a cargo de la Sanidad Pública, y en el caso, su informe denegatorio de la necesidad del tratamiento tuvo en cuenta que en el trastorno de crecimiento de la menor también influían factores axiológicos como la talla respecto a la parental, velocidad de crecimiento, o un retraso de la maduración ósea; así como también los resultados analíticos, el resultado de la Resonancia Nuclear Magnética cerebral, y la edad de la paciente con incipiente pubertad, para concluir que el déficit de la talla no podía ser imputable solo al supuesto diagnóstico que informaba la pediatra.

La sentencia descarta que la prescripción realizada por una pediatra, aun perteneciente al Servicio Público de Salud, acompañada de informes, pueda prevalecer sobre el criterio del Comité Asesor de la Hormona del Crecimiento, de forma que si el Comité justifica razonada y razonablemente, basándose en multitud de pruebas, que el tratamiento no era adecuado, recomendando investigar más la situación del paciente, no procede el reintegro de los gastos realizados por los padres de la paciente, de motu proprio, y sin cumplir con los requisitos y formalidades exigidos legalmente, aunque tras finalizar el tratamiento se haya demostrado que fue efectivo.

Por el contrario y sobre esta misma cuestión del reintegro de gastos farmacéuticos por adquisición de la hormona del crecimiento en supuestos análogos al que aquí se enjuicia, con prescripción de facultativo del sistema público, con resultados positivos, y sin aprobación previa del Comité Asesor, la **STSJ La Rioja Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-10-2018, nº 202/2018, rec. 186/2018** sintetiza los principales argumentos empleados por los distintos TSJ favorables al reembolso de gastos en estos supuestos:

1.- Tratándose de un medicamento, la financiación pública de la adquisición en farmacias de la somatropina está sometida al artículo 94 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y hoy, al artículo 89 de la ley 29/2006, de 26 de julio sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. La somatropina no aparece excluida de la prestación farmacéutica por las normas que desarrollan esas previsiones legales (...)

2.- No consta que la prescripción de somatropina aparezca sometida a condiciones especiales de financiación, distintas a las de otros medicamentos, en aplicación del artículo 94.3 de la ley 25/1990, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual "los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este Régimen General podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidos por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes". Ese artículo fue únicamente derogado por la disposición final séptima de la ley 25/1990, del Medicamento, en lo que se opusiera a lo previsto en el artículo 94 de la misma. Y lo relativo a la libertad de prescripción del facultativo no es materia regulada ni afectada por dicho artículo 94 (...)

3.- No puede oponerse la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de marzo de 1989, por la cual se creó el Comité Asesor de la hormona del crecimiento y sustancias relacionadas. El artículo 7.5.b del Real Decreto 1555/2004 se limita a adscribir el Comité Asesor para la Hormona del Crecimiento a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, mientras que el artículo 7.3 se limita a enumerar las funciones que se atribuyen a esa Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, pero tales funciones han de ejercerse en el marco de la normativa legal y reglamentaria vigente en materia de medicamentos"

En este otro caso la Sala estima el recurso de la interesada *"habiéndose acreditado sin embargo lo oportuno y necesario del tratamiento y la existencia de urgencia vital en su dispensación, por la edad de la menor y por la utilidad terapéutica, apreciándose su éxito en una efectiva mejora del crecimiento - talla de 127 cm. y peso de 25.7 Kg al inicio del tratamiento en agosto de 2012, y talla de 154 cm. y peso de 45.3 Kg al finalizar éste en octubre de 2016"*.

4.-TRIBUNA.

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA 13 DE JUNIO DE 2019 (ASUNTO C-317/2018). JUR\2019\185413. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN LABORAL EN SUPUESTOS DE REVERSIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Julián Pérez Charco
Responsable de la Asesoría Jurídica del Área de Albacete
(Sescam)

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Faro (Portugal), que debe resolver sobre la legalidad de la actuación del Ayuntamiento de Portimão, el cual decidió la extinción de la relación laboral de una trabajadora de una empresa municipal, al no aceptar la trabajadora una reducción salarial ante la reversión al propio Ayuntamiento del servicio público prestado por dicha empresa, en cuya relación se subrogó la Administración, reclamando la trabajadora que ocupaba un puesto de trabajo de confianza en la empresa para que se le reponga en el Ayuntamiento pero con las mismas condiciones retributivas que mantenía en la empresa, y al pago de las diferencias salariales mas una indemnización por daños morales.

En la medida que la defensa letrada del Ayuntamiento alegó que la demandante no puede pasar a ocupar la condición de empleada pública pues el sistema legal portugués exige la superación de un proceso selectivo (basado en el principio de igualdad de los aspirantes) así como que la actora carece de la condición de trabajadora por su condición de empleada de confianza, y estando ante un supuesto de sucesión empresarial, el juzgado portugués plantea dos cuestiones prejudiciales relativas a la Directiva del artículo 2, apartado 1, letra d), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En concreto, las cuestiones planteadas son:

1) <<Partiendo de que ha de entenderse por "trabajador" cualquier persona que, en el Estado miembro de que se trate, esté protegida como tal por la normativa laboral nacional, ¿puede considerarse "trabajador" a efectos del artículo 2, apartado 1, letra d) de la Directiva 2001/23 , una persona que ha celebrado con la cedente un contrato para desempeñar un puesto de confianza y puede disfrutar dicha persona, en consecuencia, de la protección que concede la normativa en cuestión?>>.

2) <<¿Se opone la legislación de la Unión Europea, en particular la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE , apartado 2, a una normativa nacional que, incluso en el caso de una transmisión comprendida en el ámbito de la citada Directiva, exige que los trabajadores se sometan necesariamente a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario al ser este último un ayuntamiento?>>.

La sentencia da la siguiente respuesta a sendas cuestiones prejudiciales:

“1.- La Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y en particular su artículo 2, apartado 1, letra d), debe interpretarse en el sentido de que una persona que ha celebrado con el cedente un contrato para desempeñar un puesto de confianza, a efectos de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, puede ser considerada «trabajador» y disfrutar así de la protección que concede esta Directiva, siempre que esté protegida como trabajador por dicha normativa y cuente con un contrato de trabajo en la fecha de la transmisión, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

“2.- La Directiva 2001/23 , en relación con el artículo 4 TUE , apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario”.

Más que analizar las razones o motivaciones jurídicas por las que el TJUE llega a estas conclusiones, corresponde ahora en una primera aproximación, verificar los eventuales efectos de esta doctrina judicial sobre los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud, habida cuenta estar ante un ámbito del servicio público, el sanitario, en el que una parte importante de su acción prestacional es llevada a cabo a través de contratos administrativos con empresas privadas, a título de ejemplo, el transporte sanitario, la limpieza de centros sanitarios, el archivo de documentos incluidas historias clínicas, lavandería, restauración (comidas para pacientes y empleados)

El ámbito de afectación lo será por tanto para el supuesto que un Servicio de Salud decida en cualquier momento que “avoca” o hace reversión para sí, de la prestación directa de la actividad antes prestada por la empresa privada, incluyendo los supuestos de concesiones administrativas para la prestación del servicio público sanitario tipo hospital de Alzira y similares tan habituales en la Comunidad Autónoma Valenciana.

Conviene hacer tres precisiones previas:

- a- La doctrina contenida en la sentencia comentada, no deriva de tratarse la cedente de una empresa municipal, sino que resultará de aplicación también a los supuestos en que la actividad viniera siendo prestada por una empresa totalmente privada; de hecho en el supuesto enjuiciado, la propia trabajadora demandante fue primero empleada de una empresa privada que prestaba la concreta actividad al Ayuntamiento, para después quedar integrada en la empresa municipal creada por el Ayuntamiento para tal finalidad.
- b- La legislación laboral portuguesa es en esencia igual que la legislación laboral española para la protección de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión empresarial, de forma que las conclusiones de la STJUE en esa sentencia son igualmente de aplicación para el caso de que la reversión de la actividad a favor de la Administración Pública se produzca en nuestro país.

c- El TJUE ya dictó otra sentencia previa, de fecha 20 de julio de 2017 (asunto C-416/16), interpretando la misma Directiva en relación a la reversión de una actividad a una Administración, llegando también a la conclusión de plena efectividad de la Directiva 2001\23 en cuanto a la obligación de subrogación en los trabajadores que prestaban la actividad revertida a favor de aquella, por lo que queda claro que el TJUE ha consolidado ya una línea doctrinal.

Pues bien, respecto de la primera cuestión prejudicial y en la forma resuelta por el TJUE, implica admitir que los empleados con contrato de alta dirección o con cargos de confianza (Gerente, Director) en la empresa privada o mixta que tenga una contrata con cualquier Administración Pública, adquieren el derecho de quedar vinculados con las mismas condiciones salariales previas y ahora en la Administración Pública, cuando ésta decida la reversión de la actividad para prestarla directamente. Pero al no haber accedido dicho personal al puesto de la Administración a través de un proceso selectivo público sino por virtud de la subrogación, el artículo 13.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 que aprueba el Texto Refundido de la ley del estatuto básico del empleado público, impide que se le pueda considerar con directivo profesional.

Y respecto de cualquier trabajador fijo de tal empresa de transporte sanitario, limpieza, hostelería, ..., la Administración (el Servicio Público Sanitario) deberá adquirir la condición de laboral fijo por el hecho de tener dicho vínculo en la empresa privada, de forma que la mera reversión supondrá tal vinculación para los trabajadores de la empresa que venía prestando la actividad objeto de reversión. No obstante y esta es la aportación del presente comentario, no puede equipararse a dichos trabajadores en el status jurídico del personal funcionario, estatutario o laboral que accede a la vinculación con la Administración a través de un proceso selectivo público.

Desde luego la cuestión aparece clara aunque ha tenido que ser objeto de una nutrida jurisprudencia de la jurisdicción de lo social, cuando la sucesión empresarial se da entre empresas privadas; así se infiere del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Y de igual forma cuando la sucesión empresarial se da de una empresa privada cedente a una Administración Pública. En este sentido, por citar la mas reciente, la sentencia nº 249/2019, de 26 de marzo (RJ 2019\1740), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que contempla el supuesto de la recuperación por un Ayuntamiento del servicio de comedor de escuelas infantiles pasando a realizarlo directamente el Ayuntamiento en las mismas instalaciones y con los mismos medios materiales que utilizaba la empresa contratista, señalando el Alto Tribunal:

“[...] el hecho de una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un set. [...] (*pero si existirá*) "cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada”.

Doctrina que había sido ya aplicada también en la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 29/2019, de 17 enero (RJ 2019\346), que enjuicia el supuesto de reversión de la actividad de limpieza por el Ministerio de Defensa.

Ahora bien no cabe equiparar sin más a estos trabajadores fijos derivados de la subrogación tras la reversión, con los empleados públicos fijos (funcionarios, estatutarios o laborales). Y aquí es donde se suscitaría el conflicto con el derecho interno de actuarse en otra forma, pues debe tenerse en cuenta una contundente jurisprudencia que lo impide y que ante la contratación laboral en fraude de ley por parte de las Administraciones Públicas generó la creación jurisprudencial de la figura del “laboral indefinido no fijo” equiparado a personal temporal y no al personal fijo, evitando así que la propia voluntad en casos demostrada como deliberada de algunas AA.PP. pudieran obviar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Y tal equiparación la impide en fin, los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española

Artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico de los empleados públicos

Artículo 29.1.a) de la ley 55/2003, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud

Es cierto que el artículo 130.3 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público establece que *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*; no obstante, tal previsión normativa resultaría contradictoria con los citados preceptos constitucionales y legales, si la pretensión fuera la de adquirir la condición de empleado público al no haber concurrido y superado un proceso selectivo previo en el que se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad. En consecuencia, se entendería que se trata de trabajadores de una Administración Pública -Servicio de Salud- con sus propias condiciones laborales (las que trae del vínculo laboral originario) diferente del personal laboral que accedió a la misma a través del correspondiente proceso selectivo.

No de otra forma puede interpretarse la doctrina del TJUE para hacerla compatible con el ordenamiento jurídico interno, pues en realidad la finalidad de la Directiva 2001/23/CE, es la que se refiere en su artículo 3.1: *“Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”*. Es decir, que los derechos inherentes al contrato de trabajo de estos trabajadores con la empresa privada, deben ser respetados íntegramente por la Administración Pública que se subroga, pero ello no supone que los mismos puedan acceder además a la condición o status jurídico del resto de los empleados públicos, lo que no solo debe tenerse en cuenta en el momento de producirse la subrogación en las relaciones laborales, sino también en los tiempos futuros a la hora de pretensiones de eventuales equiparaciones con aquellos e invocaciones de discriminación por posibles diferencias de trato en cualquiera de las condiciones laborales, pues no puede decirse que exista un elemento válido de comparación entre unos y otros, teniendo en cuenta la distinta vía de acceso a la Administración.

Puede traerse aquí a colación el intenso conflicto generado desde abril de 2018 cuando la Generalitat de Valencia a través de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, extingue la concesión administrativa y se subroga sobre unos 1.300 trabajadores en la condición de empleador que la empresa concesionaria, Ribera Salud, ostentaba en los contratos de trabajo en el Hospital de Alzira, habiendo optado para evitar tal equiparación de trabajadores, por la creación por norma con rango de ley de la figura de “*personal a extinguir*” aunque al parecer no satisface los intereses de ninguna de las partes, entre otras razones pues se trata de una especie de personal laboral hasta ahora inexistente en el ordenamiento jurídico laboral creando cierta incertidumbre jurídica en cuanto a su futuro. Dentro de este conflicto, existió un intento de la Administración Valenciana en el sentido de que para dejar de ser considerado “*personal a extinguir*” y ser equiparados al resto de personal laboral fijo, dichos trabajadores deberían superar unas pruebas selectivas, lo que finalmente quedó abortado sin llegar a materializarse, y como se expone mas arriba, de haberlo realizado la sentencia del TJUE aquí comentada se revela contraria a dicha práctica, por lo que en definitiva, habrá que buscar fórmulas para conjugar los derechos de los trabajadores de empresas privadas en los que se subroga el Servicio Público de Salud y los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Y es que, en efecto, para ser trabajador de la Administración Pública por razón o causa de la reversión de la concreta actividad de servicio público que venía siendo prestada por la empresa privada, no es exigible que el trabajador que queda así subrogado, realice ni supere ningún tipo de examen o prueba para alcanzar la condición de fijo, pues ya era fijo antes de la subrogación y debe serle respetada tal condición para evitar la aparición de una ilícita modificación sustancial de condiciones de trabajo perjudicial para el mismo, y en consecuencia infracción de la citada Directiva.

Respecto de este último particular, la sentencia comentada del TJUE pone de manifiesto que la doctrina de algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia es errónea. A título de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 5 de mayo de 2017 (JUR 2017\127092) mantuvo:

“ [...] si el mismo (*contrato*) fuera de naturaleza fija o fija discontinua, la entidad demandada (*Ayuntamiento*), que para el acceso del personal a su servicio debe convocar las correspondientes pruebas selectivas, mediante procedimientos reglados y con respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito establecidos en los artículos 14, 23 y 103 de la Constitución Española, puede integrarla como personal indefinido no fijo o indefinido no fijo discontinuo, vinculación que no produce consolidación, ya que el vínculo contractual perdura tan sólo hasta que se cubra o amortice la plaza, es decir, en cualquier caso la administración demandada vendría obligada a convocar la plaza que ocupe la trabajadora o a amortizarla”.

Es por lo que no siendo necesario según el TJUE que estos trabajadores fijos previamente en la empresa privada se vean sometidos a un proceso selectivo para mantener consolidado su vinculación laboral anterior, lleva igualmente a afirmar que esa vinculación laboral fija (indefinida en la terminología estrictamente laboral), no puede ser equiparada a la de los laborales fijos por oposición de la Administración, pues de ser así, por medio de la subrogación derivada de la sucesión empresarial, no solo mantendrían sus derechos sino que los verían incrementados sustancialmente. Y aunque el TJUE en el considerando nº 62 de la sentencia comentada, parezca justificar su decisión en que los Estados miembro han cedido a la Unión Europea las competencias para la regulación uniforme en todos los Estados del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en situaciones de subrogación, sería una exageración que tal “*cesión*” llega al extremo de hacer ineficaces los principios constitucionales aquí citados (igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público) y se produjera una equiparación de status jurídicos entre sendos colectivos de trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas.

Cuestión distinta y que podrá ocurrir frecuentemente (especialmente en supuestos de próxima extinción de la contrata o concesión), es que la empresa privada y alguno de sus trabajadores pacten blindar a futuro la relación jurídica del trabajador; a título de ejemplo, que pacten el derecho del trabajador a ejercer la opción por la readmisión en supuestos de despido impuesto por la Administración que sea declarado improcedente, pacto que deberá ser respetado por la Administración Pública que se subroga en dichos trabajadores. Así lo ha establecido la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de febrero de 2019 (JUR 2019\102744) en el enjuiciamiento llevado a cabo del despido de una trabajadora del Hospital de Alzira que tuvo tal previsión cuando ocupada un puesto de responsabilidad en dicha empresa, consiguiendo así, por esta vía, la estabilidad en el empleo fijada por el artículo 96.2 del EBEP exclusivamente para el personal laboral fijo de las Administraciones Públicas, es decir, para los que accedieron a dicha vinculación a través de un proceso selectivo (opción a favor del trabajador entre indemnización o readmisión en caso de despido declarado improcedente) y que por cierto ha sido denegado (derecho de opción) por la STJUE de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/201) a un trabajador de una Administración con relación laboral indefinida no fija.

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS

Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho.
Licenciado en CC. Políticas.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.

I- RECURSOS HUMANOS:

- La falta de motivación en los nombramientos por libre designación comporta su anulación.

TSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 19-12-2018, nº 423/2018, rec. 427/2018.

La sentencia de instancia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Gerente del Complejo Hospitalario de Navarra por la que se designó al Coordinador de Urgencias Generales del CHN y la anuló por vulnerar el artículo 23.2, en relación con los artículos 14 y 103 de la Constitución al no haberse motivado el nombramiento. Del expediente administrativo no se pudo conocer cuáles fueron las razones que llevaron a la Administración a designar al Coordinador de Urgencias Generales del Complejo Hospitalario de Navarra.

Todo lo anterior con apoyo en diversa doctrina de la Sala Tercera y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha acerca de la necesidad de motivación de las designaciones y ceses de cargos de libre designación, y la Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso, sección 7 del 19 de octubre de 2009.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- El establecimiento en la Agencia de Donación de Órganos Sangre y Tejidos para los meses de abril a septiembre de un turno de tarde en el punto fijo de 15 horas a 22 horas y únicamente para los lunes y viernes, no requiere negociación.

Sentencia TSJ de Galicia núm. 217/2019 de 2 mayo.

La resolución impugnada en instancia fue la resolución de 25 de abril de 2017, de la Dirección de la Agencia de Donación de Órganos Sangre y Tejidos en el área de Lugo, que establece el horario de trabajo los lunes y viernes de 15:00 a 22:00 en el punto fijo.

En el recurso de apelación se destaca que se trata de una modificación del horario que modifica la jornada del recurrente, que afecta a las condiciones labores de los empleados públicos, que necesariamente debió haber sido precedida de **negociación colectiva** en la Mesa Sectorial, o al menos, en la Junta de Personal.

No procede la negociación:

1.- La asignación de funciones en turno de tarde en el área delimitada y en las condiciones descritas, se efectúa por razones objetivas vinculadas a las necesidades del servicio, por lo que está suficientemente motivada.

2.- No consta haya supuesto o supusiera, en ningún caso, ni una ampliación de la jornada anual fijada para los implicados en el reajuste, ni tampoco que se supere por alguno de los afectados la jornada semanal establecida en cómputo mensual, en definitiva, no consta la superación del límite horario.

Se trata por tanto de una reorganización de un servicio concreto a prestar, y para garantizar un servicio de salvaguarda de la salud pública que la Conselleria debe prestar obligadamente, en orden a la salvaguarda de un interés colectivo, y esta actuación encuentra su adecuado amparo en una potestad que resulta incuestionable que es la que ostenta la Administración para autoorganizarse.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Indemnización por cese de personal directivo.**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 226/2019 de 25 marzo.

La actora suscribió en 2004, un contrato de alta dirección, como Directora de Gestión del Hospital de Guadarrama y al haberle sido notificada la rescisión de ese contrato en el 2016, suscribió un nombramiento de personal estatutario por sustitución en la Categoría de Grupo Técnico de la Función Administrativa con el Hospital Universitario "La Paz".

La sentencia razona que " ... *no produciéndose la reincorporación de la actora a ningún puesto de funcionario de carrera, procede la indemnización, conforme a la Ley 3/2012, criterio que no comparte la Administración recurrente por entender que el apartado tercero de la Disposición Adicional Octava de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, no se tendrá derecho a indemnización alguna cuando la persona, cuyo contrato mercantil o de alta dirección se extinga por desistimiento del empresario, ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.*

Se desestima el recurso ya que la excepción prevista en la citada Disposición Adicional, "*obviamente, contempla los casos en los que la persona de cuyo contrato se desista, ostente la condición de funcionario de carrera o empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo, circunstancias que no constan en estos autos, porque ni la actora era funcionaria de carrera de ninguna de las Administraciones previstas en la Disposición, ni tampoco era una empleada del sector público con reserva de su puesto de trabajo tras el contrato de alta dirección*".

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Indebida utilización del nombramiento provisional para la cobertura de puesto de jefatura asistencial.**

STSJ de Castilla-La Mancha Recurso Apelación núm. 174 de 2016.

El recurrente fue nombrado Jefe del Servicio de Aparato Digestivo de la Gerencia de Atención Integrada de Cuenca el 18 de junio de 2015. El nombramiento se hizo con carácter “*provisional y urgente*”, de acuerdo con la instrucción sexta de la Resolución del INSALUD de 14 de febrero de 1996, esto es, nombramiento “provisional, con validez hasta que se proceda a la cobertura de los puestos con carácter definitivo y en todo caso con una duración máxima de cuatro años”.

La resolución de cese no contenía ninguna explicación acerca de las razones del mismo si bien posteriormente en vía de recurso se fundamentó en que la Gerencia ya tiene iniciados los trámites para convocar el procedimiento de provisión, conforme a lo dispuesto en el Decreto 89/2005, de 26 de julio, de provisión de jefaturas asistenciales del SESCO, de dicha Jefatura de Servicio.

La Sentencia estima el recurso del interesado pues:

1º.- Que se hubiera iniciado el proceso de cobertura no es razón para el cese, sino solo la culminación de dicho proceso (instrucción sexta de la Resolución del INSALUD de 14 de febrero de 1996, antes transcrita).

2º.- El proceso ni siquiera se había iniciado, como se afirmaba, sino que se inició días después (el 17 de diciembre de 2015, pidiendo autorización para la convocatoria de la plaza).

3º.- Carece por completo de sentido la supuesta explicación cuando resulta que lo que siguió al cese no fue la cobertura definitiva en virtud del proceso de selección que se iba a abrir, sino una nueva designación provisional.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Libranza el lunes tras la realización de guardia en sábado.**

TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 20-10-2017, nº 1148/2017, rec. 322/2017.

La petición del recurrente, personal estatutario al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León consiste en el reconocimiento del derecho al descanso semanal continuado de 36 horas mediante la libranza el lunes siguiente a la guardia de presencia física realizada en sábado.

El personal estatutario tiene derecho a los siguientes descansos: (1) entre jornadas ordinarias 12 horas mínimas ininterrumpidas. Dicho descanso puede ser reducido en determinados supuestos y, en caso de que esta reducción tenga lugar debe disfrutarse de un descanso compensatorio o alternativo cuya duración no será inferior a la reducción; y (2) En periodos de dos meses a un descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, periodo que se incrementara con el descanso mínimo diario visto anteriormente. Al igual que en el descanso diario este tiempo mínimo de descanso semanal puede verse reducido debiendo producirse su compensación con descansos alternativos.

Según la Sala, la legislación de personal estatutario no regula un derecho a disfrutar de descanso los lunes siguientes a la guardia de presencia física de los sábados pues, en todo caso, el descanso semanal debe computarse cada dos meses, y, como vemos, al igual que el descanso entre jornadas, puede reducirse por motivos justificados

Igualmente diversas Sentencias del TSJ de Castilla La Mancha, como las 11 y 17 de Junio de 2015 (sentencias nº 563 y 584) y la de 4-4-2016, nº 132, rechazan el reconocimiento de este derecho sobre la base de que "... dado que el art. 52.1 del Estatuto Marco aparece modulado por el párrafo 2, que establece un cómputo bimensual del período en cuestión, y justamente la Instrucción establece una cautela, en el párrafo segundo de los que se han transcrito, para garantizar el cumplimiento de ese cómputo. El actor afirma que esto es ilegal porque el descanso de 36 horas es la regla y la compensación con descanso alternativo la excepción, de modo que no cabe una regla según la cual ordinariamente (aunque discontinuamente) se incumpla el descanso ininterrumpido de 36 horas, aunque luego se compense. Ahora bien, aquí el actor está introduciendo una particular visión de las cosas que no es la que se desprende necesariamente, en absoluto, de la Ley, que no ha establecido las 36 horas en cómputo semanal sino en cómputo bimensual, precisamente haciendo posible este tipo de medidas que por tanto difícilmente pueden ser tachadas de ilegales, sean más o menos molestas para el personal afectado por las mismas

Finalmente indicar que es conocido por esta Sala que esta cuestión no es pacífica entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia habiendo sentencias como las TSJ de Madrid de 30-9-2016 y del TSJ de Andalucía de 17 de diciembre de 2012 y de 7-3-2016 en las que se reconoce el derecho al descanso de 36 horas ininterrumpido tras la guardia de los sábados, si bien dicho reconocimiento se hace sobre la base de una jurisprudencia de la de lo Social TS anterior a la promulgación del Estatuto básico y en alusión a un descanso mínimo semanal pactado de 36 horas lo que no ocurre en el supuesto de autos.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

II- CONTRATACIÓN PÚBLICA.

- Adquisición justificada de la vacuna neumocócica de GSK frente a la vacuna de la empresa PFIZER.

STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 323/2018 de 8 diciembre.

Se desestima el recurso interpuesto por el laboratorio GSK contra la decisión de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se acuerda la adjudicación del contrato de *adquisición de la vacuna neumocócica destinada al programa de inmunizaciones en Castilla-La Mancha durante el año 2016*", en favor de la empresa PFIZER S.L.U. y su vacuna Prevenar.

En este momento la vacuna Prevenar 13 (Pfizer), es eficaz para prevenir las enfermedades causadas por 13 serotipos de neumococo: 1, 3, 4, 5, 6A, 6B, 7F, 9V, 14, 18C, 19A, 19F y 23F, mientras que la vacuna distribuida por la actora GSK (Synflorix), no incluye los serotipos 3, 6A y 19^a. Pero además, y si atendemos a sus indicaciones, Synflorix está indicado para la inmunización activa en los niños de 6 semanas hasta los 5 años de edad, mientras que Prevenar 13 lo está para niños de 6 semanas a 17 años, además de Inmunización activa para la prevención de enfermedad invasiva causada por *S. pneumoniae* en adultos de 50 años de edad y mayores. Pero muy especialmente, y en cuanto a la utilidad de la vacuna, en ese mismo informe de la AEMPS, se destaca como Prevenar 13 cubre el 80,7% de los serotipos que causan enfermedad neumocócica invasora en España, mientras que Synflorix cubre solamente el 49,2%.

No queda acreditado que técnicamente, y desde el punto de vista de la salud pública, pueda ser lo mismo utilizar su vacuna (10 valente), que vacunar con una vacuna más amplia, que contiene antígenos de 13 serotipos. En cambio, sí entran en juego los intereses que compete organizar y tutelar a la Administración Autónoma, al afectar a la salud pública, a la hora de tomar medidas de prevención y de las prestaciones de los servicios necesarios al respecto (art. 43 de la CE). Y en tal ámbito es donde debemos enmarcar la discrecionalidad por virtud de la cual es posible tomar una decisión administrativa como fue la de adquirir una vacuna de mayor espectro.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Recurso contra adjudicación en contrato de servicios, TRLCSP. Inadmisión. Falta de legitimación por no poder ser adjudicataria del contrato. Acceso al expediente.**

Resolución nº 1216/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 28 de Diciembre de 2018.

En el presente caso, la recurrente fundamenta su recurso en la vulneración del artículo 52 de la LCSP al no haber tenido acceso al expediente de contratación en los términos establecidos en la ley y por la doctrina del TACRC. Como consecuencia de ello, sostiene la imposibilidad material de formular sus alegaciones respecto de las ofertas de las empresas que finalmente han sido adjudicatarias, interesando que en sede de este Tribunal se le de vista completa del expediente, para en base a ello, poder ampliar el recurso especial que la empresa OXIMESA S.L. presenta.

El Tribunal considera que el recurrente carece de legitimación, porque en ningún caso podría resultar adjudicatario de alguno de los lotes del contrato.

OXIMESA SL se limita a recurrir las limitaciones en el acceso a las ofertas técnicas de los adjudicatarios derivadas de la confidencialidad, cuando en su escrito de fecha 14 de noviembre de 2018 (documento 47 del expediente) declara confidencial gran parte de su oferta técnica, indicando que "el acceso a esa documentación por parte de una competidora directa sería extraordinariamente perjudicial para sus intereses".

El recurrente ha tenido acceso al contenido íntegro del informe de valoración de las proposiciones técnicas sometidas a juicio de valor y, sin perjuicio de su posible contraste con las ofertas técnicas de los adjudicatarios, se limita a cuestionar únicamente que se han puntuado de forma diferente los distintos lotes, cuando la oferta de cada licitador es la misma. Esta alegación no afecta a la legitimidad para recurrir, puesto que se trata de diferencias insignificantes. También alega el recurrente que se han omitido en el informe, en el desarrollo del criterio de valoración "Propuesta de organización del servicio", dos ítems del PCAP: averías que supongan la interrupción de los tratamientos, y visitas de seguimiento. De igual modo, esta supuesta omisión afectaría por igual a todos los licitadores, por lo que todos podrían en su caso mejorar su puntuación. Como la máxima mejora posible de puntuación de la recurrente no le alcanzaría para poder ser adjudicataria del contrato, y no cuestiona, más allá de lo indicado, las puntuaciones otorgadas por el informe a los adjudicatarios, debe negársele legitimación para recurrir.

Texto completo: www.hacienda.gob.es

- **Criterios de adjudicación; la motivación de la aplicación de un criterio sujeto a fórmulas solo requiere que consten los elementos que permiten verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente.**

Resolución nº 145/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 31 de Octubre de 2018.

La recurrente alega que la adjudicataria no presentó ninguna propuesta técnica y debió ser excluida del procedimiento en lugar de declarar su oferta como la más ventajosa, y que tampoco consta informe alguno que permita sustentar que su proposición es la más ventajosa. A continuación se señalan las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ambas cuestiones.

a) Sobre la falta de base de la declaración de la oferta del adjudicatario como la más ventajosa:

Este motivo de impugnación debe desestimarse. La adjudicación del contrato se decide exclusivamente en atención a criterios sujetos a evaluación automática mediante la aplicación de fórmulas, en concreto el plazo garantía (20 puntos porcentuales de la puntuación global) y el precio más bajo (80 puntos porcentuales). Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, la Resolución 34/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que precisan que su motivación sirva para controlar la discrecionalidad en ellos inherente para evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios aplicados mediante fórmulas se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de uno de estos criterios es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente. En este caso, además de que BURDINOLA ha accedido a la proposición de WALDNER, el recurrente puede efectuar su propio cálculo con los datos que figuran en la notificación del acto impugnado, pues en ella constan el precio y el plazo de garantía ofertados por el adjudicatario y que solo se ha valorado una oferta más, que es la del propio recurrente, además de que en la notificación se adjuntaba el informe justificativo de la aplicación de los criterios. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la falta de presentación de una propuesta técnica por el adjudicatario.

Por lo que se refiere a este motivo de impugnación, se observa que el licitador debe presentar, dentro de su oferta económica y técnica: - información escrita y gráfica acreditativa del cumplimiento de las especificaciones señaladas en el Pliego Técnico y, - certificados realizados por entidad de certificación y acreditación independiente de que la gama de productos es conforme las normas UNE EN 13150, UNE EN 14727 y UNE EN 14175 (esta última, referida a las vitrinas de gases).

La documentación incluida por WALDNER en el sobre 2 de su proposición incluye, como documentación relevante a los efectos de la resolución del recurso: - una declaración ("Memoria proyecto") de que el objeto del contrato "se ejecutará según la propuesta de la empresa LABORTECH WALDNER, S.L. basado en el Proyecto Técnico Inicial y cumpliendo las especificaciones señaladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) de dicho expediente".

- certificados de productos ofertados; se observa que en ellos hay referencias a las normas citadas en los pliegos.

Sin embargo, el citado sobre 2 no incluye ninguna descripción gráfica o escrita acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas. Debe señalarse que este requisito es diferente del de los certificados, que únicamente acreditan la conformidad de los productos a ciertas normas de las mencionadas en el artículo 125.2 de la LCSP; sin embargo, las prescripciones técnicas son mucho más amplias y contienen muchas otras especificaciones sobre el objeto del contrato. Consecuentemente, la oferta debió ser excluida. La omisión de esta documentación no solo supone que el poder adjudicador carece de elementos para determinar si la proposición se ajusta o no a los pliegos de la licitación, sino que la oferta es incompleta por no determinar algunos de los contenidos mínimos exigidos en el PPT, como lo demuestra el hecho de que la propia Administración solicitó las características técnicas y especificaciones de los equipos de producción de agua, máquina de hielo, autoclave y ultracongelador vertical para conocer qué se ofertaba concretamente. Sin embargo, la insuficiencia de la proposición no es, en este caso, una infracción subsanable mediante la aportación extemporánea de la documentación solicitada, pues es claro que equivale a reelaborar la oferta, lo que no es aceptable en un procedimiento de adjudicación abierto, en el que no cabe la negociación, y es contrario a los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de secreto de la oferta (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 y la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO).

Texto completo: www.contratacion.euskadi.eus.

III- PROFESIONES SANITARIAS.

- No procede asimilar el tiempo de servicios prestados como médico de atención primaria a servicios prestados como inspector médico a efectos de su valoración en proceso selectivo.

TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 11-10-2018, nº 912/2018, rec. 543/2017.

Por Resolución de 29 de junio de 2016 de la Viceconsejería de Función Pública y Gobierno Abierto se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Inspectores Médicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal y estabilidad en el empleo del personal sanitario.

El procedimiento de selección era el de concurso-oposición, estableciéndose en el Anexo I, punto 2 el baremo a aplicar, encontrándose entre los méritos valorables los servicios efectivos prestados.

La actora participó en dicho proceso, presentando, conforme establecían las bases, la relación de méritos que, a su entender, tenían que ser valorados.

Las resoluciones recurridas no otorgan puntuación alguna a la actora por el concepto de servicios efectivos prestados al entender que los prestados no lo han sido en la categoría de Inspector/a médico. Las funciones correspondientes a la Escala de Médicos Inspectores son funciones de gestión, ordenación, vigilancia y control en relación con la asistencia sanitaria.

Las funciones de la medicina de atención primaria, con arreglo al Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud son las correspondientes a la asistencia sanitaria, aun cuando las mismas no se agoten en ese campo en un sentido estricto.

La parte actora argumenta que también realiza, en su condición de médica, tareas de evaluación y control de los procesos de incapacidad temporal, expedición y renovación del visado de documentos, informes de inspección, etc.

La Sentencia concluye *“Hay que decir que la realización de tales funciones no la convierte en inspectora médica a los efectos de valoración de los servicios prestados como mérito, sino que sigue siendo médica de atención primaria entre cuyas funciones también se incluyen algunas funciones administrativas”*.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

IV- SALUD LABORAL.

- **La baja médica por ansiedad originada por el mal ambiente laboral es accidente de trabajo.**

TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 29-5-2018, nº 1167/2018, rec. 803/2018.

Auxiliar administrativo que durante un largo período de tiempo se enfrenta a una situación de tensión laboral en la Biblioteca del Hospital de Txagorritxu. Dicha situación se remonta al año 2007 y si bien es cierto que entre el año 2009 y el 2011 la actora no estuvo destinada en la Biblioteca, se da por probado que ya en el año 2008 se produjo una reunión extraordinaria en la comisión de biblioteca por diferencias surgidas entre el personal de la biblioteca respecto al desempeño de sus respectivas funciones. Y de hecho ante la vuelta inminente de la trabajadora a su puesto de trabajo consta probado en el acta de 11 de mayo de 2010 que la bibliotecaria se oponía a la vuelta de la actora "en cuanto pueden volverse a reproducir los problemas que en el pasado se dieron respecto a las atribuciones de la auxiliar en la biblioteca". Ha habido varias denuncias de la actora sobre su situación laboral. Por lo tanto la situación de conflicto laboral es un hecho que ha quedado debidamente acreditado.

El estado psíquico de la demandante que motivó su baja por trastorno de adaptación con ansiedad si bien no nace de un acoso laboral, sí está originado por una conflictividad laboral que queda patente en todas las incidencias y varias denuncias sobre la situación laboral en la biblioteca, sin que además conste que la trabajadora tuviera bajas recientes por motivos personales ajenos al trabajo. Prueba de que la situación de conflicto no era la deseada como correcto ambiente laboral son las actuaciones preventivas que lleva a cabo Osakidetza tras la interposición por la actora del acto de conciliación denunciando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

V- DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

- **Obligatoriedad de reconocimientos médicos a vigilantes de seguridad y escoltas.**

STS 4ª, S. 07/03/2018, rec. 42/2017

La vigilancia de la salud, en su vertiente de instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales aparece como decisiva para garantizar el derecho a la salud de cuantos intervienen en el ámbito de la relación laboral y de los terceros que con ellos se relacionan y, en ese sentido, entronca directamente con el artículo 14 LPRL que establece el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, derecho al que se corresponde el correlativo deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, garantizando la seguridad y salud de todos los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. No cabe duda, por tanto, de que la vigilancia de la salud es, en los supuestos aquí examinados, tanto desde la perspectiva de derecho del trabajador como de la obligación empresarial, un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales que, según los casos, puede alcanzar una gran importancia y convertirse en un pilar básico sobre el que poder construir la actividad preventiva en la empresa.

Como dijimos en la citada STS de 10 de junio de 2015, en ese caso, más aún en el que ahora se contempla, aparece, junto con el interés individual del trabajador de proteger su propia intimidad, otro interés preponderante: el del resto de trabajadores o de terceras personas, cuya integridad física y salud pueden depender, en no pocas ocasiones, del estado de salud del trabajador vigilante de seguridad o escolta. Para conjurar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos precisos es necesario conocer y comprobar que goza de un adecuado estado de salud...".

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

VI- PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA.

- **GUÍA PARA EL CUIDADANO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

Texto completo: transparencia.gob.es

- LA K-ANONIMIDAD COMO MEDIDA DE LA PRIVACIDAD.

Texto completo: aepd.es

- La Autoridad Catalana de Protección de Datos emitió el día 14 de febrero de 2019, «*Dictamen en relación con la consulta formulada por un colegio profesional sobre la utilización de sistemas de control basados en la huella dactilar*».

Texto completo: apdcat.gencat.cat

- Se vulnera la intimidad del trabajador si se analiza el navegador de su ordenador para comprobar que lo utiliza con fines privados.

TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia 905/2019, 28 Mar. Rec. 744/2018.

El empleado tiene una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa.

Anulada la sentencia que declaró procedente el despido de un trabajador por transgresión de la buena fe contractual al haber descubierto la empresa, tras analizar el historial del navegador de su ordenador que mostraba visitas a páginas webs que no tenían relación con la actividad profesional en la empresa.

Por la visita a webs dedicadas a la decodificación de canales de pago, webs de contenido sexual, webs de viajes o web de compra de productos de origen chino, y el hallazgo de ficheros del disco duro sobre catas de vino o software para descargar juegos "piratas" de consolas, considera la empresa que produjo una disminución de su rendimiento de trabajo, que alcanzó sólo un diez por ciento de su producción.

Declarado procedente el despido en la instancia, ahora el Tribunal anula la sentencia porque fue vulnerado el derecho a la intimidad en el uso del material informático ofrecido por la empleadora.

Reconoce la sentencia al trabajador una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa como herramientas de trabajo.

Esta expectativa razonable de confidencialidad solo puede neutralizarse por el empresario mediante la prohibición expresa de este uso privado, y esta prohibición debe ser informada expresamente para que pueda "investigarse" el uso dado al ordenador de la empresa.

En la reciente normativa de protección de datos personales se contempla este específico procedimiento. Efectivamente se establece que: "*El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos*". La única limitación que pone la actual normativa es que se han de respetar los estándares mínimos de protección a la intimidad de acuerdo con los usos sociales y

los derechos constitucionales. No obstante esa normativa no resulta de aplicación al caso porque entró en vigor el 7 de diciembre de 2018.

Partiendo de estas premisas, la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador no fue neutralizada por prohibición alguna en el uso para fines privados del ordenador de la empresa por lo que el acceso al ordenador vulneró el derecho a la protección de datos personales del trabajador.

Siendo nula la prueba así obtenida, no queda otra que retrotraer las actuaciones para que por el órgano judicial de instancia dicte otra sentencia partiendo de la nulidad de la prueba obtenida por el empresario mediante el acceso al ordenador facilitado al trabajador.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

VII- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SILENCIO ADMINISTRATIVO.

- **EL SERGAS condenado reembolsar el coste de la intervención realizada en Francia para someterse a una operación de próstata.**

TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 22 Marzo 2019 Rec. 4502/2018.

El paciente fue intervenido mediante técnica de laparoscopia robotizada de una prostatectomía radical de próstata, técnica que no se incluye en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, al ser la alternativa terapéutica ofertada la prostatectomía radical laparoscópica estándar; aunque posteriormente, en una múltiples comunicaciones que mediaron sí se reconoció la técnica como incluida en la cartera de servicios.

El sistema nacional de gestión sanitaria impone a la Administración Sanitaria una resolución motivada, concediendo o denegando la autorización y notificarla en un plazo máximo de 45 días desde la recepción de la solicitud, de modo que transcurrido el plazo sin que hubiera recaído resolución expresa, se entiende estimada por silencio administrativo.

En el caso, la propia Subdirección General de Planificación Sanitaria y Aseguramiento comunicó expresamente al interesado que el Sergas resolvería su solicitud en el plazo máximo de 45 días naturales y que en caso de no recibir noticias en tal plazo se entendería autorizada la intervención.

Por ello, no habiendo dado respuesta la Administración Sanitaria en tiempo y forma a la solicitud, debe asumir las consecuencias derivadas de su inactividad que en el caso se traduce en la consideración de que medió autorización en atención a la aplicación del silencio positivo y en su obligación de reembolso del coste de la intervención quirúrgica realizada en Francia.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- La denegación de módulos de atención continuada debe estar motivada.

STSJ de Castilla y León núm. 943/2017 de 24 julio.

El recurrente presta servicios en el Complejo Asistencial de Zamora con la categoría de Licenciado Especialista en Obstetricia y Ginecología, habiéndosele autorizado en su momento la realización de cuatro módulos de atención continuada al mes.

Por Resolución de 9 de agosto de 2012 la Gerencia de Atención Especializada de Zamora acordó revisar los módulos autorizados al personal del Complejo Asistencial de Zamora para el año 2012, dejándolos en tres mensuales.

El Pacto de 23 de julio de 1997, la participación en los módulos de atención continuada se entendía renovada anualmente de forma automática. En cambio, cuando insta en 2015 la ejecución forzosa de la sentencia, está en vigor la Ley autonómica 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, cuya disposición adicional undécima establece *"La autorización y/o renovación de módulos de atención continuada, estará sujeta, en todo caso, a la justificación de la necesidad asistencial por parte de la dirección de la institución sanitaria"*.

La denegación de la solicitud para la realización o renovación de tales módulos por parte de la Administración debe ser ir acompañada de la necesaria motivación de modo tal que no será suficiente con decir que no existen tales necesidades o que las mismas están ya cubiertas, acudiendo para ello a fórmulas estereotipadas.

En este caso, *"no existe una motivación de la decisión impugnada, que exige la constatación de la situación del hospital o centro asistencial en el momento de la concesión de los módulos y la situación al tiempo en el que se modifica la misma para constatar que efectivamente no existe esa necesidad asistencial"*.

Lo único que obra en el expediente administrativo son generalidades que no permiten dar por acreditado que la situación haya realmente cambiado".

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- Las actuaciones practicadas durante la información reservada no pueden suplir la fase probatoria del procedimiento y adquirir la condición de prueba de cargo.

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 579/2019, 11 de abril.

Durante la fase de información reservada -sin intervención del expedientado, a quien no se le citó al respecto- se acopió el material que después se utilizó por la Administración como verdadera prueba incriminatoria, para considerar acreditados los hechos que se subsume en el tipo sancionador; con olvido del verdadero carácter de la información reservada, limitada a reunir los datos e indicios iniciales que sirvan sobre la pertinencia de incoar expediente sancionador.

La sentencia de instancia, constatada esta falta de practica de prueba en el expediente disciplinario, lo considera un defecto formal que no ha causado indefensión a la sancionada, ya que pudo solicitar la práctica de la prueba que estimara precisa y la declaración de los testigos que considerara conveniente al haber tenido conocimiento integro de la información previa que había sido llevada a cabo por su incorporación al expediente disciplinario.

La Sala considera que resulta insuficiente las pruebas practicadas en el trámite de información reservada, si no se ratifican o practican nuevamente ante el Instructor y dando al expedientado oportunidad de intervenir en la práctica de las mismas, pues de lo contrario se estaría alterando la naturaleza propia de la investigación preliminar, y del propio expediente disciplinario posterior, vulnerando con ello el derecho a la presunción de inocencia.

En el presente caso la prueba de cargo ha sido incorporada en el trámite de información previa, no habiéndose practicado en el expediente disciplinario otra prueba que la declaración de la interesada y la solicitud de determinado informe.

En el presente supuesto a la vista de la naturaleza de las infracciones imputadas como "grave desconsideración con los superiores, compañeros o usuarios" e "incumplimiento de la programación funcional del centro o institución sanitaria con perjuicio para los usuarios y por causa imputable al funcionario", es indudable la importación de las declaraciones testificales de los superiores, compañeros y usuarios del servicio, para poder conocer la realidad de los hechos ocurridos, pues son hechos sobre los que los documentos no dejan de ser el reflejo de lo declarado por las personas que han intervenido directamente en los mismos. En ausencia de esta prueba testifical ya que la practicada no ofrece las suficientes garantías, la documental obrante en el expediente es insuficiente para considerar acreditados los hechos sancionados.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

VIII- LABORAL.

- **El personal laboral indefinido no fijo del sector público tiene derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.**

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 935/2019 de 28 marzo.

El actor del proceso prestó servicios ininterrumpidos desde el 11 de mayo de 2009 para la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía mediante sucesivos contratos de interinidad por vacante. Con efectos de 30 de junio de 2017 su empleadora puso fin a la relación laboral invocando como causa la provisión del último puesto que venía desempeñando de resultas del concurso de traslados del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

La Sala ha fijado como criterio considerar que con carácter general el contrato del trabajador interino por vacante deviene indefinido cuando su duración rebasa el umbral marcado por el art. 70.1 del EBEP.

Por lo que respecta al derecho a la indemnización, el personal indefinido no fijo del sector público tiene derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de doce mensualidades, cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la obtuvo tras las pertinentes pruebas.

Esta doctrina no resulta afectada por la fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de noviembre de 2018, que analiza la situación de un trabajador sujeto a un contrato de interinidad por vacante, que no resulta equiparable a la de un trabajador indefinido no fijo a los posibles efectos indemnizatorios derivados de la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada.
Voto Particular.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 concluyó que ni la naturaleza temporal del vínculo laboral, ni la circunstancia de que la normativa nacional no prevea el abono de una indemnización para el caso de extinción de un contrato por interinidad, pueden constituir, por sí solas, razones objetivas, que justifiquen el tratamiento más desfavorable. Y, por ello, consideró que la finalización de un contrato de interinidad daba lugar a la percepción de una indemnización de veinte días de salario por año de servicios. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2018 concluye lo contrario, a saber, que existe una justificación objetiva para el tratamiento diferente del contrato por interinidad respecto de un contrato fijo y, que por lo tanto, no ha de abonarse una indemnización a la finalización del contrato de interinidad. Se trata de delimitar si existe una razón objetiva que justifique que no se abone una indemnización por la extinción del contrato de interinidad, al sobrevenir la causa legal, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización por despido objetivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y la razón objetiva o la justificación del trato diferente se encuentra en la circunstancia de la causa de la finalización. En el contrato de interinidad, el trabajador conoce desde que suscribe el contrato que finalizará por la reincorporación del trabajador sustituido o por la cobertura reglamentaria de la vacante. Sin embargo, en los despidos objetivos, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no estaban previstas en el momento de la contratación.

Existe, por tanto, una razón objetiva que justifica el tratamiento diferente, lo que conlleva que no exista obligación de abonar una indemnización a los trabajadores vinculados con contrato de interinidad, por la finalización del mismo. Y, ha de ponerse de relieve que esta justificación objetiva del trato desigual a los trabajadores interinos es predicable tanto de los interinos por sustitución, como de los trabajadores indefinidos no fijos, pues éstos últimos, -al prestar servicios para una Institución de naturaleza pública y, no haber accedido a su puesto de trabajo cumpliendo con las garantías constitucionales del artículo 103 de igualdad, mérito y capacidad-, saben que su relación laboral se verá extinguida de forma legal, por la cobertura reglamentaria de la vacante. Por consiguiente, concurre la misma justificación de trato diferente que contempla la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2018. Ello nos lleva a concluir que el trabajador indefinido no fijo que ve extinguida en forma legal su relación, por la cobertura reglamentaria de la vacante, carece del derecho a lucrar la indemnización. Por lo tanto, considero que procede, con estimación del recurso de suplicación, la revocación de la sentencia recurrida.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

IX- RESPONSABILIDAD SANITARIA.

- **Improcedente utilización de la acción directa en vía civil contra la aseguradora de la Administración para exigir el abono de una indemnización por un importe superior al fijado en el procedimiento administrativo.**

STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2019 de 5 Jun. 2019, Rec. 2992/2016.

La interrogante consiste en determinar qué valor se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS.

Es incuestionable que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó.

La reclamación patrimonial se interpuso en fecha 7 de agosto de 2012 y recayó resolución que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.

Cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico, se ejercitó por la parte actora la acción directa contra la aseguradora en demanda fechada el 9 de enero de 2014 y presentada el 15 de ese mes y año.

La resolución administrativa resolvió «estimar la reclamación de daños y perjuicios formulada..., reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684, 66 euros por los daños y perjuicios ocasionados». Esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad.

Si a ello se une, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.

Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.

Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida.

Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos.

Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Suicidio de paciente con antecedentes de autolisis: alta médica del servicio de urgencias.**

STSJ de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 320/2019 de 22 abril.

Paciente ingresó el 30 de marzo de 2016 en el Servicio de Urgencias del Hospital Valle Nalón, tras intento autolítico mediante ingesta masiva de diversos fármacos. Estaba bajo tratamiento por depresión mayor y trastorno ansioso depresivo desde 1999, constando en su historial con varios episodios de intoxicación medicamentosa.

En las condiciones que asistió por última vez a Urgencias se imponía una mínima atención y vigilancia hospitalaria; de hecho en el último episodio autolítico tuvo una breve estancia de 48 horas en una unidad de psiquiatría del Hospital de Jove, en junio de 2008, de la que salió diagnosticada de reacción vivencial, mientras que en el presente caso es dada de alta de forma rápida, rutinaria y expeditiva. No es que aplicase deficientemente el protocolo para casos de riesgo de suicidio, sino que no se aplicó ninguno, pese a que en las horas previas al fallecimiento fue valorada sucesivamente por tres médicos (médico de atención primaria, médico de urgencias y médico psiquiatra) los cuales dispensaron el rutinario trato propio de una paciente con historial médico limpio y con afán de llamar la atención, ambos extremos desmentidos por la fuerza de la realidad y el triste desenlace el 31 de marzo de 2016, esto es, al día siguiente del intento autolítico que demandó lavado gástrico y ulterior alta médica. En suma, consideramos que tras el intento autolítico con ingesta medicamentosa, y pese a que ha de tenderse al tratamiento ambulatorio y menos restrictivo posible, vistos los antecedentes del caso, y pese al peregrinaje infructuoso de los parientes no recibió la atención médica exigible.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Responsabilidad sanitaria por falta de práctica de sencillas pruebas diagnósticas complementarias.**

STSJ de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 351/2019 de 30 abril.

Fallecimiento de paciente por carcinoma renal. En las tres ocasiones que el paciente acudió al Servicio de Urgencias el diagnóstico fue de lumbalgia, y en este punto ha de tenerse presente:

a).- El cuadro descrito era preocupante y las visitas a urgencias no eran caprichosas, dado el cuadro de síntomas ofrecido. Se trata de un paciente con historial médico y atención por el Servicio de Urología desde 1998 y que acudió al Servicio de Urgencias del HUCA en tres fechas próximas y de forma inútil.

b).- En cada visita adicional a Urgencias sin respuesta certera y en escaso período de tiempo se encarece el deber de diligencia para indagar y explorar en el diagnóstico. No es admisible que ante reiteradas visitas la respuesta sea vacía y sin realizar ninguna prueba complementaria, pues no se le practicó ecografía, TAC (Tomografía Axial computerizada), RNM renal ni otras pruebas, tal y como indica el perito de parte que eran oportunas, y que el perito de la aseguradora no niega en su eficacia diagnóstica (si niega su necesidad según la sintomatología).

En todo caso, es elocuente que una simple ecografía y un TAC torácico abdominal permitieron obtener con presteza y claridad el fatal diagnóstico.

c).- Las pruebas complementarias que podían haber sido oportunas, y de las que fue privado el paciente, TAC o RNM, no son pruebas complejas ni de gasto exorbitante, sino que deben utilizarse en los casos en que el facultativo no encuentre respuesta idónea a la grave sintomatología persistente, pese a la reiterada visita a Urgencias. El bien jurídico de la salud prima sobre consideraciones económicas, sin incurrir en la medicina preventiva y de gasto indiscriminado, cuando existen situaciones críticas, persistentes y no resueltas como el caso que nos ocupa.

Es evidente que si se hubiesen practicado las pruebas indicadas, las mismas o similares a las que con presteza realizó el centro sanitario privado, al menos el paciente podría haber alcanzado cierto efímero alivio de sus dolencias y la importante relevancia de conocer su diagnóstico, que pese a ser poco optimista, permitiría acometer estrategias sanitarias y sobre todo, para que tanto el paciente como su familia pudieran afrontarlo y prestarle compañía en esa recta final de la existencia.

Por tanto, el único concepto a indemnizar son los daños morales generados en los familiares, esposa y cuatro hijos, por no haberse diagnosticado a tiempo la dolencia.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **Fallecimiento paciente embarazada por gripe A: omisión de pruebas diagnósticas.**

STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 69/2019 de 30 Abr. 2019, Rec. 51/2019.

Existía una sospecha por el conjunto de circunstancias en que se encontraba la paciente embarazada, que padecía gripe A; tras una primera consulta volvió a las horas tras su agravamiento y el ginecólogo solicitó una prueba de exudado faríngeo para el que se carecía de medios en el hospital y que no se le realizó, de manera que no se siguieron los protocolos y juicio médico de este primer médico ginecólogo.

Acreditada la indebida aplicación de los medios encaminados a evitar o amortiguar el daño, es a la Administración a quien corresponde acreditar que el evento dañoso igualmente se hubiera producido o que no se produjo una disminución de las posibilidades de curación o de salvar la vida (...). Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la "facilidad de la prueba", aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas [pueden consultarse las sentencias de 25 de abril de 2007 (casación 273/03, FJ 3º) y 2 de noviembre de 2007 (casación 9309/03, FJ 4º)].

A juicio de la Sala existe una mala praxis médica derivada de no realizar tal prueba médica pautaada por el Jefe de Ginecología del Hospital y una responsabilidad patrimonial de la Administración, por inadecuada prestación del Servicio por no realizarse tal pruebas de exudado faríngeo por falta de reactivos para realizarla.

Sea como fuere, en el presente caso, la Administración debe exponer las razones por las que una persona que ingresa por una dolencia de gripe fallece pocos días, precisamente, por gripe A.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

- **El paciente no puede oponerse a la presencia durante la realización de acto clínico del personal médico residente.**

STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 29-10-2018, nº 646/2018, rec. 56/2018.

Se trata de dilucidar el alcance del consentimiento informado de la paciente que se había negado a que participara llegado el momento del parto un médico en prácticas o en formación, pero sí en cambio un médico de guardia con titulación de especialista en Ginecología y Obstetricia. Asimismo entiende que se ha vulnerado el art. 15.3 del Real Decreto 183/2008, que atribuye a los médicos especialistas el visado por escrito de las altas, bajas y demás documentos relativos a las actividades en las que intervengan los residentes de primer año, por lo que según la reclamante la hoja quirúrgica no la debió firmar la residente, así como que la Orden SAS/1350/2009, de 6 de mayo, atribuye un conocimiento básico para un MIR de primer año.

El hecho de que dejara constancia de su negativa en el documento que firmó no puede tener el alcance que pretende la recurrente, porque las competencias profesionales no son disponibles para la Administración que ha de respetarlas si la persona supera las pruebas correspondientes.

Del mismo modo, la actora no puede incidir en la organización del servicio que se hizo, en este caso, con respeto a las citadas competencias profesionales. En la intervención participaron el médico adjunto y la Dra. Residente, que como licenciada en medicina tiene competencia para asistir a la intervención y no consta que la participación haya provocado ninguna lesión a la recurrente porque, como resulta de la hoja clínica, la cesárea transcurrió sin complicaciones de modo que la actividad asistencial se sujetó a la *lex artis ad hoc*.

Por otra parte en ningún momento queda acreditado que la médico residente realizara la cesárea, aunque sí estuvo presente. Por lo demás, ni estamos ante una negligencia grave, ni se ha acreditado que se produjera daño alguno ni a la madre ni a la recién nacida, que quedó ingresado por unas causas ajenas a la cesárea, lo que nos ha de llevar a desestimar el recurso.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

X- MEDICAMENTOS.

- **INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CARTERA BÁSICA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (SNS) Y FARMACIA SOBRE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS CON RESOLUCIÓN EXPRESA DE NO INCLUSIÓN EN LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SNS.**

Texto completo: <http://www.redaccionmedica.com>

- **Posicionamiento sobre el informe de Cartera Básica vinculado a la financiación pública de medicamentos.**

Si la Dirección General decide no incluir el producto en la prestación farmacéutica, los hospitales pueden adquirirlo y utilizarlo previo acuerdo de la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada comunidad autónoma. Así lo contempla una disposición específica del Real Decreto sobre receta médica y órdenes de dispensación.

El informe crea una nueva categoría de medicamentos (los expresamente no incluidos en la prestación farmacéutica del SNS) no existente en nuestro ordenamiento jurídico por lo que estamos hablando de un concepto jurídico indeterminado, que no ha sido definido legalmente con carácter previo por lo que no es descabellado considerarlo como vacío de contenido y por tanto sin la potencialidad de surtir ningún efecto legal que pueda aplicarse a un caso concreto.

Texto completo: <http://enfermedades-raras.org>

XI- PRESTACIONES SANITARIAS.

- Nulidad de pleno derecho del art. 2.2 del Decreto Foral 103/2016.

STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 07-12-2018, nº 403/2018, rec. 77/2018

Según el artículo anulado:

- 1. Podrán acceder a la prestación farmacológica de ayuda a dejar de fumar las personas que sean titulares de la Tarjeta Individual Sanitaria expedida y cuyo garante sea el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.*
- 2. También tendrán derecho a la prestación las personas que se incluyan en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra."*

La Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, como ya hemos dicho, ha sido declarada inconstitucional y nula por la STC 17/2018, de 22 de febrero.

La infracción del principio de jerarquía normativa determina la nulidad de pleno derecho del decreto foral recurrido, de acuerdo con lo previsto en el art. 62.2 de la Ley 30/1992 y el actual art. 47.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que establece que: "*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*"

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

6.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

DERECHO SANITARIO.

- El régimen jurídico de la salud electrónica.

Martínez Navarro, Juan Alejandro.
ISBN: 9788491904199.
Editorial Tirant lo Blanch.
Fecha de la edición: 2018.

Más información: dykinson.com

- La donación de sangre. historia y crítica de su regulación

Cuadros Aguilera, Pol.
ISBN: 9788491777533.
Editorial: Editorial Civitas.
Fecha de la edición: 2018.

Más información: www.thomsonreuters.es

SALUD LABORAL.

- La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos.

AUTOR/ES: Lousada Arochena, José Fernando ; Ron Latas, Ricardo Pedro.

Más información: marcialpons.es

SEGUROS DE SALUD.

- Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria.

ISBN: 9788417414757
Editorial: Sepin - Servicio de Propiedad
Fecha de la edición: 2018

Más información: sepin.es

VALORACIÓN DEL DAÑO.

- Guía práctica de valoración de daños personales 2018: baremo e informe pericial.

Textos normativos, tablas, guía de la Comisión de Seguimiento, esquemas y formularios.

ISBN: 9788417414641.

Más información: sepin.es

II.- Formación

DERECHO SANITARIO.

- Éxito del Congreso de la Asociación de Juristas de Salud celebrado el 19, 20 y 21 de junio de 2019 en Bilbao, y en el que trataron los temas más relevantes en el ámbito de la asistencia sanitaria, derechos de los pacientes, organización y los nuevos retos jurídicos.

Más información: ajs.es

- I Jornada de Salud y Género.

CCOO celebra el 19 de septiembre la I Jornada de Salud y Género.

Más información: www.sanidad.ccoo.es

- XI Congreso Nacional de Atención Farmacéutica.

Del 3 al 5 de octubre de 2019 se celebrará en Cádiz.

Más información: congresoaf2019.com

- Seminario sobre la guía para la publicidad de medicamentos de uso humano dirigida al público.

Más información: www.autocontrol.es

- La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales: orientaciones para su aplicación.

Más información: www.uimp.es

- El importante papel de profesionales sanitarios en la compra pública sanitaria.

Más información: juntadeandalucia.e

-NOTICIAS-

- **Reclama 300.000 euros a Sanidad por revelar a su pareja que se sometió a un aborto.**

Según el dictamen, una trabajadora social del Servicio de Atención al Usuario le contó que la mujer se había sometido a una Interrupción Voluntaria de Embarazo nueve años antes

Fuente: laverdad.es

- **El testamento vital está regulado por las Comunidades Autónomas, pero no todas lo hacen igual.**

Apenas un 0,59% de los españoles, 278.368 personas, han decidido cómo planificar el final de su vida

Fuente: 65ymas.es

- **Muere por eutanasia una adolescente holandesa de 17 años con trauma tras una violación.**

Noa Pothoven fue agredida a los 14 años y llevaba desde entonces en manos de médicos y centros especializados. Pidió morir porque no aguantaba más su sufrimiento psíquico.

Fuente: elpais.com

- **Denuncian al Tribunal de Cuentas el exceso de contratos menores en Sanidad.**

La plataforma Audita Sanidad ha registrado también ante el Tribunal de Cuentas estatal su denuncia por el exceso de contratos menores en la Consejería de Sanidad madrileña, que ya habían registrado en la Fiscalía Anticorrupción y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Fuente: lavanguardia.com

- **Indemnización de 4,2 millones por negligencia médica, la mayor conocida.**

Condenan al Servicio de Salud Andaluz a indemnizar a la familia de una niña que padece una parálisis cerebral debido a la falta de oxígeno al nacer.

Fuente: elmundo.es

- El rey de las indemnizaciones millonarias: *"Sólo cojo casos que sé que puedo ganar"*.

Tras sufrir una negligencia médica en su familia, se hizo especialista en defender a pacientes. Así ha logrado algunas de las sentencias más sonadas, como los 4,2 millones de indemnización para una madre cuyo bebé sufrió una discapacidad del 80% en el parto.

Fuente: elmundo.es

- El Colegio de Médicos presenta un decálogo para recuperar la relación con los pacientes.

Forma parte de una campaña que se desarrollará en los próximos meses.

Fuente: noticiasdegipuzkoa.eus

- Solo dos psiquiatras atienden a los 455 enfermos mentales internados por cometer delitos.

Los psiquiátricos de Fontcalent y Sevilla, cuya misión es contener y curar, deberían tener el triple de especialistas, admite el Gobierno.

Fuente: elpais.com

- Expertos en psiquiatría denuncian la falta de información veraz en los casos de Salud Mental Materna.

Más de 300 profesionales médicos piden que se divulgue más y mejor las terribles consecuencias de no atender las depresiones postparto.

Fuente: larazon.es

- Un juzgado gallego ordena hospitalizar a un paciente con tuberculosis *"hasta que deje de ser un riesgo para la salud pública"*.

La Xunta pidió la medida después de que el hombre abandonase reiteradamente la medicación y la fiscalía la avaló.

Fuente: eldiario.es

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- Documento sobre dispensación de medicamentos y venta de alimentos online. M.^a José Plana, Manuel J. López Baroni i Lluís Cabré (coords.).

Los objetivos de este documento son:

- Identificar problemas y conflictos bioéticos derivados de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para adquirir medicamentos y alimentos. Estos conflictos, no siempre fáciles de advertir ni detallar, son los que justifican el documento que presentamos.
- Orientar las recomendaciones hacia la prudencia, la seguridad y la responsabilidad de los actores implicados (poderes públicos, plataformas digitales, distribuidores y ciudadanía en general).
- Fomentar políticas públicas que adecuen este contexto de anomia a los requisitos de seguridad y calidad que deben regir el comercio o intercambio de alimentos y medicamentos.

Más información: www.bioeticayderecho.ub.edu

- IV Congreso Nacional de Comunicación con el Paciente y su Familia (2019).

Más información: www.chospab.es

- Las estrategias para legalizar la “gestación por sustitución”. Un análisis desde la autonomía (reproductiva) de las mujeres. González Moreno, J.

Dos estrategias que articulan los discursos, entre ellos, los discursos jurídicos, con el fin de legalizar la “gestación por sustitución” son: una, su configuración contractual y, dos, su inclusión o puesta en conexión con determinados derechos reconocidos jurídicamente. Sin embargo, no puede pretenderse que se legalice la “gestación por sustitución” ignorando a las mujeres “gestantes”, que son las principalmente afectadas por dicha práctica. En este trabajo analizamos esas dos estrategias mencionadas para determinar el lugar (o no lugar) que ocupa en ellas un valor aún hoy escasamente reconocido: la autonomía reproductiva de las mujeres y, en particular, la de las mujeres “gestantes”.

Más información: ojs.uv.es

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo.

Llano Alonso, Fernando H.

ISBN: 9788413130262.

Editorial: Editorial Tirant lo Blanch.

Fecha de la edición: 2018.

Más información: tirant.com

II.- Formación

- Diploma de Especialización en Bioética (10ª edición).

Más información: www.juntadeandalucia.es

- XIV curso de verano enseñanza e investigación en bioética.

Más información: www.comz.org