



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 189 ABRIL DE 2021.

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.-LEGISLACIÓN ESTATAL: 3
- III.-LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 4

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- Decreto 132/2021, de 6 de abril, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. 7

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

3.- TRIBUNA:

- 1. SITUACIÓN ACTUAL DEL DEBATE JURÍDICO SOBRE EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE MEDICAMENTOS ANDALUZ TRAS EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22.10.2020. 9

Autora: M^a del Rosario Forján Rioja.
Letrada de Administración Sanitaria.
Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud.

- 2. LOS PRECIOS PÚBLICOS SANITARIOS LIQUIDADOS A UNA ENTIDAD ASEGURADORA COMO TERCERO OBLIGADO AL PAGO EN SUPUESTOS DE SEGURO OBLIGATORIO, CUANDO EXISTA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE QUE MOTIVA LA ASISTENCIA SANITARIA. 16

Autor: Víctor Ernesto Alonso Prada.
Letrado Coordinador del Gabinete Jurídico en la provincia de Albacete.

3. SOBRE EL CÓMPUTO DE LA EXPERIENCIA PREVIA EN LAS MUTUAS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE MAYO DE 2020 Y SU APLICACIÓN EN EL CASO DEL SERVICIO PÚBLICO ANDALUZ.

20

Autor: Nicolás Muela Regli
Letrado de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía

4.- SENTENCIA PARA DEBATE :

- COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 ALBACETE .SENTENCIA: 10065/2021 .PUESTOS DE LIBRE DESIGNACION Y PERSONAL NO FIJO Y LA SENTENCIA DEL T.S.J.DE ANDALUCIA, SEVILLA CON/AD.SEC1. SENTENCIA: 516/2019 DE 10 DE ABRIL.

28

Por M^a Jesús Gómez del Moral Martínez.
Asesora Jurídica GAI Cuenca.

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

32

6.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

38

-NOTICIAS-

- Selección de las principales noticias aparecidas en los medios de comunicación durante el mes de abril de 2021 relacionadas con el Derecho Sanitario y/o Bioética.

54

-BIOÉTICA y SANIDAD-

1.- CUESTIONES DE INTERÉS.

56

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

59

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN COMUNITARIA.

- Reglamento Delegado (UE) 2021/466 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2020, por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando el número y el título de las variables correspondientes al ámbito de la renta y a las condiciones de vida en materia de salud y de calidad de vida (Texto pertinente a efectos del EEE).

boe.es

II. LEGISLACIÓN ESTATAL.

(Selección de las disposiciones normativas con mayor impacto en el ámbito sanitario).
La relación completa de disposiciones normativas estatales y autonómicas aprobadas en relación con el COVID19 puede consultarse en el siguiente enlace:

https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=355_Crisis_Sanitaria_COVID-19

- Real Decreto 200/2021, de 30 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado.

boe.es

- Resolución de 30 de marzo de 2021, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se modifica la de 19 de junio de 2020, por la que se establece el listado de los medicamentos considerados esenciales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

boe.es

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

CASTILLA-LA MANCHA.

- Decreto 29/2021, de 30 de marzo, por el que se modifica el Decreto 73/2020, de 17 de noviembre, de transferencia a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de recursos y medios personales, materiales y económicos de los servicios sanitarios y asistenciales del Hospital Psiquiátrico de la Excelentísima Diputación Provincial de Ciudad Real.

docm.es

- Resolución de 14/04/2021, de la Dirección-Gerencia, que modifica la Resolución de 15/11/2017, sobre las condiciones económicas aplicables a la prestación de determinados servicios de asistencia sanitaria a través de medios ajenos, en el ámbito de gestión del Sescam.

docm.es

ANDALUCÍA.

- Decreto 132/2021, de 6 de abril, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

boja.es

- Orden de 8 de abril de 2021, por la que se regula la comunicación por medios telemáticos de la instalación y del uso de un desfibrilador externo automatizado (DEA) y se modifican los Anexos I y II del Decreto 22/2012, de 14 de febrero, por el que se regula el uso de desfibriladores externos automatizados fuera del ámbito sanitario y se crea su Registro.

boja.es

- Resolución de 26 de marzo de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se crea el Comité de Seguridad Interior y Seguridad de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Servicio Andaluz de Salud y se determinan su composición, funciones y bases de su funcionamiento.

boja.es

- Resolución de 8 de abril de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se aprueba la Política de Seguridad de las Tecnologías de la información y la comunicación del Servicio Andaluz de Salud.

boja.es

- Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se determina la organización y funcionamiento del SAS en materia de seguridad interior.

boja.es

VALENCIA.

- Resolución de 8 de abril de 2021, de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, por la que se establece el plan de actuación en los centros y recursos dirigidos a personas con diversidad funcional o problemas de salud mental de la Comunidad Valenciana, en el contexto de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

dogv.es

- Resolución de 8 de marzo de 2021, de la Dirección General de Investigación y Alta Inspección Sanitaria, por la que se renueva la autorización sanitaria para el implante de progenitores hematopoyéticos de sangre de cordón umbilical al centro Hospital Clínico Universitario de València.

dogv.es

- Resolución de 13 abril de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se aprueba el Plan de inspección de servicios sanitarios para el bienio 2021-2022.

dogv.es

ASTURIAS

- Decreto 17/2021, de 26 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la acreditación de profesionales de enfermería del Principado de Asturias en la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano.

bopa.es

- Acuerdo de 26 de marzo de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación del Personal Estatutario, de 1 de diciembre de 2020, sobre materias y criterios de evaluación del desarrollo profesional del personal sanitario de los grupos profesionales C y D y del personal no sanitario de gestión y servicios que ostenten la condición de personal estatutario en el ámbito de los centros e instituciones del Servicio de Salud del Principado de Asturias, aplicable al régimen ordinario.

bopa.es

ARAGÓN

- Orden PRI/366/2021, de 26 de febrero, por la que se dispone la publicación de la Adenda al convenio de asistencia sanitaria pública derivada de accidentes de tráfico 2017- 2020 en relación con las circunstancias excepcionales motivadas por la pandemia de COVID-19.

boa.es

EXTREMADURA

- Orden de 25 de marzo de 2021 por la que se crea la categoría estatutaria de Óptico-Optometrista en el ámbito de las instituciones sanitarias del Servicio Extremeño de Salud.

doe.es

MELILLA

- Orden 2357/2021 de fecha 23 de abril de 2021, por la que se regula la prescripción y la realización de las pruebas diagnósticas de COVID-19 y los requisitos que deben cumplir los centros o servicios sanitarios para su realización.

bome.es

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- Decreto 132/2021, de 6 de abril, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

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

El Decreto andaluz aborda la regulación de un ámbito tan conflictivo como relevante para cualquier organización sanitaria: los mecanismos de provisión tanto de puestos directivos, como de cargos intermedios. En este sentido estamos ante una iniciativa muy positiva por cuanto proporciona las condiciones necesarias para minimizar/desterrar conductas arbitrarias en la provisión de este tipo de puestos.

No obstante resulta llamativo que sea admita la participación en este tipo de procedimientos para puestos intermedios, de personal temporal; se trata de una posibilidad que el TSJ de Castilla-La Mancha ha cerrado a la Administración sanitaria por considerarla manifiestamente contraria a Derecho. En el caso andaluz, el citado Decreto prevé:

En los procedimientos para la provisión de cargos intermedios podrá participar toda persona que, con sujeción a las prescripciones del presente decreto, reúna los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria, siendo necesario que esté previamente vinculada al Sistema Nacional de Salud, bien como personal estatutario fijo, personal funcionario de carrera o personal funcionario docente de la Universidad con plaza vinculada; bien como personal laboral fijo o indefinido, o personal profesor contratado doctor con vinculación clínica; o bien como personal funcionario o personal estatutario interino, siempre que su nombramiento temporal de interinidad se deba a la cobertura de plazas vacantes no cubiertas por personal funcionario de carrera o personal estatutario fijo.”

Por lo que respecta a la participación de personal temporal pero en procedimientos de provisión de puestos directivos, el Decreto prevé la reserva de plaza, al señalar que:

“La persona designada para un puesto directivo desempeñe una plaza básica estatutaria con el carácter de temporalidad, la misma quedará reservada. Dicha reserva de la plaza estará condicionada, en todo caso, al carácter de su temporalidad, o de tratarse de un nombramiento interino, quedará reservada mientras tanto no sea cubierta por un titular definitivo”.

Asimismo también merece destacarse la previsión contenida en la disposición adicional tercera, por la que se permite que el personal directivo sanitario - en este caso directores médicos- puedan simultanear el desempeño de sus funciones directivas con las actividades asistenciales en el marco de la atención continuada. Como es sabido, la ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece a este respecto que:

“En tanto se dicta la norma aludida, la dirección de los distintos Centros hospitalarios se desempeñará en régimen de plena dedicación, sin posibilidad de simultanear esta función con alguna otra de carácter público o privado”.

El propio Decreto se refiere en el apartado 2 de la DA 1ª al desempeño de este tipo de puestos en régimen de dedicación exclusiva, si bien teniendo presente lo que establece la DA 3ª:

“El personal con título de especialista en Ciencias de la Salud designado para el desempeño de los puestos directivos de Dirección Médica que se regulan en este decreto podrá realizar atención continuada percibiendo las retribuciones asignadas para las mismas como complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada. La participación en la atención continuada será dentro de la programación de jornadas complementarias que tenga autorizado el centro sanitario y con carácter asistencial exclusivamente.

Otra medida igualmente reseñable por cuanto está llamada a solventar la situación de “precariedad” administrativa en la que se encuentran profesionales de Instituciones Sanitarias que desempeñan puestos de trabajo de responsabilidad en las estructuras administrativas de los servicios centrales sanitarios. Para ello se contempla abiertamente la posibilidad de que este personal pueda asumir estos nuevos cometidos a través de la figura de la “adscripción temporal” en los siguientes términos:

- “1. El Servicio Andaluz de Salud podrá adscribir temporalmente a personal directivo y cargo intermedio de sus distintos centros, para la realización de tareas específicas del ámbito sanitario y de gestión en la sede de los Servicios Centrales de la Agencia.*
- 2. Los puestos objeto de dicha adscripción podrán corresponder, indistintamente, a los Grupos A1 y A2 del personal estatutario, y las retribuciones de las personas adscritas serán las propias del puesto en el que hayan sido designadas, no pudiendo percibir otras retribuciones por esta adscripción, salvo las indemnizaciones por desplazamiento en que incurra, en su caso.*
- 3. La duración de la adscripción será de un año, pudiéndose establecerse su prórroga. Durante la misma, la jornada y horario del personal estatutario adscrito será el que rija en la sede de los Servicios Centrales de la Agencia.”*

Finalmente los puestos de cargos intermedios se configuran en el Decreto andaluz bien como un puesto de trabajo, o bien como un encargo complementario de funciones, a diferencia de lo que sucedería, por ejemplo, en la Orden de 14/11/2013, del régimen de funcionamiento y estructura de las plantillas orgánicas del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, en la que parece identificarse el desempeño de este tipo de puestos únicamente con el “encargo complementario de funciones”.

En cualquier caso la provisión de este tipo de puestos intermedios se articula a través de las reglas propias del concurso de méritos con nombramientos con vigencia limitada a cuatro años sin perjuicio de evaluaciones posteriores cuya superación garantiza el mantenimiento del puesto por otro período de igual duración, y reservando el sistema de libre designación únicamente para la provisión de puestos directivos.

3. TRIBUNA.

- SITUACIÓN ACTUAL DEL DEBATE JURÍDICO SOBRE EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE MEDICAMENTOS ANDALUZ TRAS EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22.10.2020 (RCA 8333/2019).

M^a del Rosario Forján Rioja
Letrada de Administración Sanitaria
Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud

1. BREVE APROXIMACIÓN A LOS ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.

El análisis del sistema andaluz de selección de medicamentos por principio activo exige una mirada retrospectiva al contexto en el que se gestó la modificación de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, a través del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Al hilo de la crisis económica que a partir del año 2008 sacudió los cimientos del orden económico mundial, se suscitó el debate sobre la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario. Tal debate surgía, una vez más, mediatizado en cierto modo, por los intereses económicos en juego, que incidían, por un lado, en la necesidad de una financiación adecuada y acorde con los compromisos con la población y con las necesidades de ésta- como consecuencia de la evolución sociodemográfica y el progresivo envejecimiento de la población- y por otro, en la necesidad de establecer mecanismos que posibilitasen el control del gasto farmacéutico.

Conviene recordar que, con datos del año 2010, nuestro gasto sanitario se encontraba por debajo de la media de la OCDE (313 euros per cápita y 0,5% sobre el PIB) y muy lejos de los países que lo encabezan, siendo además de los menores si nos fijamos sólo en los países desarrollados. El crecimiento anual del gasto sanitario en la década 2000-2010 se situó en el 2,7% mientras que el promedio de la OCDE alcanzó el 4,5%.

En dicho contexto, el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹, a la vista del crecimiento continuado y sostenido del gasto en medicamentos con cargo a la prestación farmacéutica del propio Sistema, y las dificultades de financiación derivadas de la crisis económica y financiera, y la consiguiente reducción de los ingresos fiscales, adoptó un conjunto de acciones y medidas que promovieran la búsqueda de mayor eficiencia en el gasto sanitario, así como mayor calidad, equidad y cohesión en el Sistema Nacional de Salud.

Consecuencia del acuerdo adoptado en el año 2010, en el ámbito estatal, se aprobó el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, que perseguía el objetivo urgente de modificar la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios prevista en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

¹ En su sesión extraordinaria de 18 de marzo de 2010 aprobó por unanimidad un acuerdo en el que se establecían un conjunto de acciones y medidas para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

Posteriormente, se aprobó el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, medidas complementarias a las ya adoptadas anteriormente en el marco de la prestación farmacéutica.

El Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, se introdujo con la finalidad de seguir avanzando en las medidas y actuaciones acordadas en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 18 de marzo de 2010.

En este contexto, las CCAA se vieron condicionadas por un entorno económico muy restrictivo, buscando medidas para lograr el cumplimiento del objetivo de disminución del déficit, y en un escenario de consolidación fiscal que debía reconducir el déficit del conjunto de las Administraciones Públicas por debajo del 3% del PIB en el año 2013.

La situación de grave crisis financiera y económica sobrevenida y la necesidad de efectuar los ajustes presupuestarios correspondientes para Andalucía obligaron a nuestra Comunidad Autónoma a adoptar medidas de eficiencia y sostenibilidad económica, para garantizar el mantenimiento de las prestaciones asistenciales y la cobertura universal de la población al tiempo que hacía frente a los compromisos y obligaciones presupuestarios.

Dentro de las medidas adoptadas, se dictó el Decreto- ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cuya Exposición de Motivos señalaba como finalidad primordial del dictado de aquél, la adopción de medidas que coadyuven en la consecución de los objetivos de reducción del déficit público, junto a la necesidad de reforzar y profundizar en la dilatada experiencia del Sistema Sanitario Público de Andalucía sobre prescripción y dispensación de medicamentos por principio activo y de productos sanitarios por denominación genérica, para mejorar el margen de eficiencia en la prestación farmacéutica de Andalucía.

El Decreto-ley 3/2011 se adoptó al amparo del presupuesto habilitante que le otorga el artículo 110 Estatuto de Autonomía para Andalucía², con un doble objetivo: por un lado, disminuir el gasto en medicamentos y productos sanitarios del SSPA, aprovechando los mecanismos legítimos de competencia que establece el mercado; y, por otro, contribuir a la mejora de la calidad de la dispensación, al disminuir los inconvenientes que supone el cambio de presentación en las sucesivas dispensaciones. El artículo único del Decreto-ley 3/2011 modifica la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía,³ para introducir un sistema de convocatorias públicas, que respetan los principios de libre competencia y transparencia, y en las que podrán

² El artículo 110. 1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, establece lo siguiente:

En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía.

³ Se añaden los Artículo 60 bis a quinquies en la Ley 22/2007.

participar todos los laboratorios interesados o todas las empresas proveedoras de productos sanitarios, para seleccionar los medicamentos o los productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia, en el marco de la prestación farmacéutica del SSPAS, cuando se les presente una receta médica oficial, u orden de dispensación, en las que el medicamento correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos, o en las que el producto sanitario correspondiente se identifica por su denominación genérica.

El sistema de selección de medicamentos por principio activo, cuya regulación ha sido recientemente modificada⁴, no afecta a todos los medicamentos sino solamente a los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica ambulatoria; es decir, no afecta a los que el Servicio Andaluz de Salud adquiere para ser utilizados en los centros hospitalarios públicos, de acuerdo con los criterios de selección determinados por la Comisión Multidisciplinar de Uso Racional del Medicamento, ni tampoco afecta a los que sean autorizados por el Ministerio de Sanidad exclusivamente para un ensayo clínico, cuando éste sea promovido por un centro sanitario del sistema sanitario público andaluz, ni los que cuenten con autorización expresa para uso compasivo por el Ministerio de Sanidad; es decir, sólo afecta a los medicamentos recetados por principio activo, que hayan de dispensarse en las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando se les presente una receta médica u orden oficial de dispensación, en la que el medicamento se haya indicado por principio activo, o el producto sanitario por su denominación genérica.

La novedad introducida por el sistema andaluz, que fue refrendado por el TC⁵, es que, a diferencia del resto del territorio del Estado, en la CA de Andalucía, la Administración es la que, en el ejercicio de su potestad de ordenación de la gestión farmacéutica, selecciona los medicamentos que habrán de ser dispensados, en las oficinas de farmacia cuando en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del SN, sean prescritas o indicados por principio activo, mientras que en el resto del Estado, la facultad de elección recae sobre las oficinas de farmacia. Esto es, elige la Administración Pública, con sujeción al principio de legalidad y en defensa del interés general, frente a otros operadores privados con intereses crematísticos.

La primera convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, se anunció mediante Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud de 25 de enero de 2012.⁶

⁴ Los artículos 60 bis a 60 quinquies de la Ley de Farmacia han sido modificados en virtud de la Disposición Final octava de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021 (BOJA núm. 251, de 31 de diciembre de 2020).

⁵ Ver Fundamento jurídico 8 Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2016, de 15 de diciembre, que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad núm.4539/2012 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el artículo único del Decreto-ley 372011, de 13 de diciembre (BOE, núm. 17 de 20 de enero de 2017).

⁶ Desde la primera Resolución de 25 de enero de 2012 hasta la última convocada, mediante Resolución de la Directora Gerente del SAS de 25 de septiembre de 2018 (BOJA núm. 186 de 25 de septiembre), el Servicio Andaluz de Salud ha efectuado catorce convocatorias públicas que han reportado un ahorro económico al SSPA, calculado en torno a unos 568 millones de euros efectivamente ingresados en la Hacienda Pública andaluza.

Contra dicha Resolución se promovió un conflicto positivo de competencias núm. 1923-2012 por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional, que mediante providencia de 8 de mayo de 2012 acordó la admisión a trámite del conflicto, y la suspensión de la vigencia y aplicación de la Resolución impugnada hasta que por Auto 147/2012, de fecha 16 de julio, se levantó la suspensión acordada.

Dicho conflicto de competencias fue resuelto mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de enero de 2017 que desestimó el conflicto constitucional de competencias, al haberse declarado la constitucionalidad del marco legal que da cobertura a la Resolución impugnada, de 25 de enero de 2012, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2016, de 15 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 4539-2012 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el artículo Único del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre.

Contra la segunda de las convocatorias, efectuada mediante Resolución de 20 de diciembre de 2012 también se promovió conflicto constitucional de competencias núm. 1092-2013, que también se resolvió en sentido desestimatorio mediante STC de 2 de febrero de 2017.

2. PRINCIPALES CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS INTERPUESTOS CONTRA LAS DISTINTAS CONVOCATORIAS DE SELECCIÓN DE MEDICAMENTOS.

Pese al refrendo del TC, la implantación del sistema de selección de medicamentos y su materialización en las distintas convocatorias que se han ido efectuando, ha sido objeto de intensa contienda judicial en estos últimos años, provocando una multitud de demandas interpuestas por laboratorios farmacéuticos y asociaciones empresariales del sector farmacéutico frente a las distintas convocatorias efectuadas por el Servicio Andaluz de Salud.

Las Sentencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo han desestimado las demandas en la instancia, por lo que han sido recurridas en apelación.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se pronunció en las Sentencias de 16 de enero de 2018 (Recurso de Apelación núm. 793/2017) y 23 de enero de 2018 (Recurso de Apelación núm. 335/2017) declarando la carencia sobrevenida del objeto del proceso en lo que se refiere a la constitucionalidad de la norma, al haber quedado despejadas las dudas sobre la constitucionalidad del sistema, tras la STC y apreció que, al no ser posible ya el cuestionamiento constitucional de la norma, quedaba privado de contenido el recurso

Posteriormente, en la Sentencia de 12 de julio de 2018, y a propósito del examen de una Resolución⁷ dictada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, abordó la cuestión de fondo relativa a la controvertida naturaleza

⁷ Resolución 21/2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, por la que se inadmite el recurso especial interpuesto por PENZA PHARMA S.A contra la Resolución de 25 de enero de 2012 de la Dirección Gerencia del SAS por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud sean prescritos o indicados por principio activo.

jurídica del procedimiento de selección de medicamentos como un procedimiento de contratación pública. La Sala declaró que la participación de los laboratorios en este procedimiento de selección no permite identificar un procedimiento de licitación en los términos que aparece contemplado en la legislación de contratación del sector público a efectos del recurso especial en materia de contratación. Invocando la STC, afirmó que es el farmacéutico el que adquiere los fármacos del laboratorio y posteriormente repercute sobre el SAS la parte financiada del precio del medicamento. Y que ello se materializa a partir de las condiciones recogidas en el convenio suscrito con arreglo al citado artículo 60 quater de la Ley 22/2007 que no es incardinable en el contrato de suministros.

Posteriormente, sobre la anterior cuestión y sobre el resto de cuestiones de fondo planteado, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha venido confirmando hasta la fecha⁸ todas las Sentencias desestimatorias de las demandas que se han interpuesto durante todos estos años frente a las distintas convocatorias.

Dichas impugnaciones han concluido, como decimos, en pronunciamientos judiciales favorables todos ellos al Servicio Andaluz de Salud, tanto por parte de los Juzgados de lo contencioso-administrativo de Sevilla, como del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, desde la primera Sentencia de 12 de julio de 2018 (Rollo de Apelación nº 431/2012) hasta la más recientes de 23 de noviembre de 2020 (Rollo de Apelación nº 157/2020) y 9 de diciembre de 2020 han desestimado todos los motivos impugnatorios alegados por los recurrentes, considerando además improcedente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la naturaleza jurídica del sistema de selección de medicamentos, solicitud a lo que no ha accedido ninguna instancia judicial, ni incluso el TS en la Providencia de 2 de junio de 2020, de inadmisión a trámite del Recurso de Casación estatal preparado por Laboratorios Normon S.A contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de 30 de abril de 2019.

Al mismo tiempo, se desestimaban las denuncias de infracción por las convocatorias de la legalidad ordinaria, y en concreto, del Texto Refundido de la Ley de Garantías para el Uso Racional de los Medicamentos y Productos sanitarios, así como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley de Farmacia de Andalucía, sobre todo, en relación a la infracción por las convocatorias de los apartados primero, cuarto y octavo del artículo 60 bis. Esto es, cuestiones de legalidad ordinaria, referidas a infracciones de la Ley de Farmacia de Andalucía, bajo el pretexto de evitar las situaciones de desabastecimiento de medicamentos que se han imputado al mecanismo de selección.

⁸ Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 y 30 de abril de 2019, 3 de julio de 2019, cinco sentencias de 17 de julio de 2019, dos sentencias de 19 de noviembre de 2019, otra de 22 de noviembre de 2019, 27 de enero de 2020, 3, 4, 10 y 18 de febrero de 2020, 4 de marzo de 2020 y 12, 13 y 25 de mayo de 2020 y 8 de junio de 2020, 13 de julio de 2020, y las más recientes de 26 de noviembre de 2020 y 9 de diciembre de 2020, que se remiten a la del mismo Tribunal de 12 de julio de 2018.

3. SITUACIÓN PROCESAL ACTUAL TRAS LA ADMISIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL RECURSO DE CASACIÓN 8333/2019 MEDIANTE AUTO DE FECHA 22.10.2020.-

La contienda judicial, lejos de concluir, pese a los reiterados pronunciamientos favorables al sistema de selección de medicamentos, ha llegado hasta el Tribunal Supremo.

En un primer momento, el Alto Tribunal inadmitió el Recurso de Casación estatal preparado por Laboratorios Normon S.A frente a la Sentencia dictada el 8 de abril de 2019, recaída en el Recurso de Apelación núm. 848/2018.⁹ La inadmisión se basó en motivos fundamentalmente referidos a los supuestos de interés casacional invocados, y a que las infracciones invocadas no habían sido determinantes de la razón de decidir de la Sentencia que aplicó fundamentalmente derecho autonómico.

Mas en un giro de trescientos sesenta grados, y no sin depararnos la correspondiente “sorpresa” e inquietud respecto al cambio en el devenir procesal de la cuestión, en el Auto de fecha 22 de octubre de 2020, el Tribunal Supremo, modificando el criterio inicial, ha admitido a trámite, sobre el mismo asunto, el recurso de casación (RCA núm. 8333/2019) preparado por la representación procesal de TEVA PHARMA SLU contra la Sentencia de fecha 17 de julio de 2019 dictada por el TSJA, Sala de lo contencioso-administrativo, Sede de Sevilla, Sección primera, dictada en el recurso de apelación núm. 409/2019.

El Auto justifica la admisión, y de ahí su trascendencia, en la necesidad de un pronunciamiento *por la indudable repercusión en el suministro de medicamentos y protección de la salud, y en concreto, en el ámbito de la dispensación de medicamentos prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud*. Las cuestiones que ha delimitado como de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son dos:

- Si en el procedimiento de selección de medicamentos instaurado en Andalucía concurren efectivamente los caracteres que determinan la existencia de un procedimiento de contratación pública.
- Si el resultado de la subasta consistente en la exclusividad del suministro de tales medicamentos constituye una restricción a la libre competencia, y, en su caso, si concurren razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.

El TS ha señalado, asimismo, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo 2, apartado 1.5 de la Directiva 2014/14/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y los artículos 28, 34 y 36 TFUE.

⁹ Por Providencia de 2 de junio de 2020 la Sección de admisión de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS acordó la inadmisión a trámite del Recurso de casación preparado por la representación procesal de Laboratorios Normon, S.A contra la Sentencia dictada por la Sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJA.

Hasta la fecha, el TS ha admitido sobre este asunto los siguientes Recursos de Casación núm. 8333/2019; núm. 8337/2019; 8339/2019; 8336/2019; 1374/2020.

Llegados a este punto, y estando previsiblemente próxima la decisión sobre el RCA 8339/2019 cuya sustanciación está más avanzada, solo resta esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo, que habrá de analizar, con carácter previo, el alcance y posible afectación de la reciente modificación operada en la Ley de Farmacia de Andalucía, en los Recursos de casación que han sido admitidos a trámite, habida cuenta que dicha modificación, a juicio de esta Letrada, puede incidir directamente en las cuestiones que se han delimitado como de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

- **LOS PRECIOS PÚBLICOS SANITARIOS LIQUIDADOS A UNA ENTIDAD ASEGURADORA COMO TERCERO OBLIGADO AL PAGO EN SUPUESTOS DE SEGURO OBLIGATORIO, CUANDO EXISTA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE QUE MOTIVA LA ASISTENCIA SANITARIA”.**

Víctor Ernesto Alonso Prada.

Letrado Coordinador del Gabinete Jurídico en la provincia de Albacete.

Comentario de la Sentencia nº 378/2021 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 17 de marzo de 2021 (Rec. 2855/2019).

Sumario. I. El supuesto de hecho. II. La cuestión jurídica controvertida. III. Conclusión.

I.- El supuesto de hecho.

El supuesto litigioso se plantea en el ámbito del aseguramiento obligatorio de vehículos de circulación a motor.

La sentencia impugnada en casación por los servicios jurídicos del SESCAM y el expediente administrativo ofrecían, en síntesis, los siguientes antecedentes fácticos:

1º) Un viandante fue atropellado en una vía urbana, por una motocicleta que circulaba a más velocidad de la permitida, cuando tal sujeto cruzaba la vía por un lugar no habilitado al efecto y bajo los efectos del alcohol. Ello motivó que el SESCAM dispensase asistencia médica al viandante.

2º) La controversia judicial se produjo tras girar el SESCAM la liquidación del precio público sanitario a la entidad aseguradora de la motocicleta en relación con las prestaciones sanitarias realizadas al viandante por la totalidad del coste asistencial.

3º) Entre tanto, el Juzgado de Primera Instancia que enjuició los daños civiles derivados del accidente en el que fue víctima la persona a que asistió el SESCAM apreció una concurrencia de culpas entre el conductor de la moto (en un porcentaje del 75 por 100) y el peatón (en un porcentaje del 25 por 100). Tal sentencia en el asunto civil devino firme y motivó que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha¹⁰ estimase parcialmente el recurso contencioso-administrativo que formuló la entidad aseguradora frente a la Resolución de la Comisión Superior de Hacienda de Castilla-La Mancha que confirmó la liquidación del precio público sanitario precitado. Esta estimación parcial conllevó la minoración del importe del precio público sanitario en un 25 por 100.

¹⁰ Sentencia nº44, con fecha de 11 de febrero de 2019, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Recurso núm. 518/2017).

II. La cuestión jurídica controvertida.

La cuestión que presentó interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en precisar si el precio público cobrado a una entidad aseguradora como tercero obligado al pago en supuestos de seguro obligatorio conforme al artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, puede verse limitado para tal sujeto asegurador cuando exista concurrencia de culpas - declarada por la jurisdicción competente- entre el causante del daño y la víctima, a fin de que pueda exigirse a tal sujeto asegurador únicamente el precio público en la proporción con la culpa que corresponda al sujeto asegurado y no dicho precio público en su totalidad.

Las normas jurídicas interpretadas por nuestro Tribunal Supremo fueron el artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; la disposición adicional 10^a, apartados primero y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; el artículo 1.2 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En esta tesitura nos colocamos ante la revisión jurisdiccional de la legalidad de un precio público, que constituye un ingreso de derecho público, no tributario, sin carácter coactivo, que se define por el ordenamiento jurídico como una contraprestación pecuniaria satisfecha por la prestación de un servicio o la realización de actividades en régimen de Derecho Público, es decir, que no estamos ante la revisión jurisdiccional de la procedencia o improcedencia de la cuantía de una indemnización por daños y perjuicios.

En el caso objeto del comentario que nos ocupa, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad legal, en tanto en cuanto que la legislación especial transcrita establece que los gastos inherentes a la prestación de tales servicios de asistencia sanitaria a personas que estén o no aseguradas (o afiliadas o no a la Seguridad Social) no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social, pero se concede a las Administraciones Públicas que hubieren atendido sanitariamente a los usuarios, en tales supuestos, el derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados, tercero responsable que no quiere decir, tercero causante del quebranto de la salud del usuario, sino tercero obligado a la satisfacción de la prestación sanitaria.

Dispone el art. 1090 del CC que: *“Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido...”*. Por tanto, la obligación de pago del precio público sanitario no se somete a las normas de derecho privado sino que se somete a las normas de derecho público que exigen a los servicios públicos su liquidación.

Lo que parece asentar nuestro Tribunal Supremo en su sentencia es que las entidades aseguradoras no pueden oponer frente a los servicios públicos de salud aquellos preceptos de derecho privado que tienden a oponerles a las víctimas de los accidentes de circulación, pues se trata de una cuestión relativa al ámbito privado de la relación entre el acreedor de la indemnización (víctima civil del accidente) y los deudores solidarios (asegurado y aseguradora) sobre la que, precisamente, no pueden los Tribunales de jurisdicción contencioso-administrativa entrar a conocer, ya que las relaciones privadas y las normas de cobertura de las mismas son propias de la jurisdicción civil, procediendo únicamente a analizar las relaciones y actuaciones sujetas al Derecho Administrativo. En este sentido, lo que se dice es que el derecho y deber de reclamación de los gastos asistenciales responde a las exigencias financieras que se recogen en el Capítulo V del Título III de la LGS. En este sentido, el legislador en el art. 83 de la LGS reglamenta de forma clara que la prestación de tales servicios no se financie con cargo a los recursos que se recogen en el art. 79 de la LGS.

Pues bien, esta tesis se asume por la sentencia de casación al decirse que: *“La expresión tercero responsable no significa que, para exigir el pago del coste asistencial, deba haber una persona culpable que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta que haya un tercero obligado, como puede ser una aseguradora en el marco de la suscripción de un seguro obligatorio ex apartado cuarto del anexo IX del Real Decreto 1030/2006. Responsable, no es sólo el culpable de alguna cosa, sino también genéricamente el obligado a responder.”*. Como vemos, la culpa del asegurado o de la víctima no es relevante dado que estamos ante supuestos de responsabilidad por imperativo legal en donde el servicio público de salud puede y debe reclamar de las entidades aseguradoras el coste íntegro de la asistencia sanitaria puesto que este coste no depende de la culpa de las mismas o de sus asegurados.

En definitiva, concluye la sentencia del Tribunal Supremo diciendo que: *“una cosa es la relación que se deriva de la asistencia prestada a la víctima entre la Administración sanitaria y un tercero legalmente declarado responsable, el asegurador, y otra distinta, de carácter privado la relación entre asegurador y asegurado, de carácter civil, que es la que se puede minorar por concurrencia de culpas. Y la prueba de ello es que el precio público originado por la asistencia sanitaria no está previsto que depende de la concurrencia o no de culpas, lo que exigiría dilucidar jurisdiccionalmente con carácter previo tal cuestión ante la jurisdicción civil, lo que puede ocurrir o no”*.

Consecuentemente, se puede afirmar que el art. 83 de la LGS disciplina una obligación legal e indivisible de los “terceros obligados al pago” en tanto en cuanto que la misma no es susceptible de un cumplimiento parcial. La nota de la indivisibilidad se produce al disponer el legislador que los gastos inherentes a la prestación de servicios sanitarios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. Si estamos ante una única asistencia sanitaria, el gasto público sanitario también es único, por lo que el precio público a liquidar no puede contener solo parte del mismo ya que no cabe sufragar todo o parte del mismo con los ingresos propios de la Seguridad Social.

III. Conclusión.

Expuesto lo anterior, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y estima el recurso de casación interpuesto por los servicios jurídicos del SESCAM tras fijar como jurisprudencia que: *“El precio público cobrado a una entidad aseguradora como tercero obligado al pago en supuestos de seguro obligatorio conforme al artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, **no puede verse limitado para tal sujeto asegurador, cuando exista concurrencia de culpas** - declarada por la jurisdicción competente- entre el causante del daño y la víctima, a fin de que pueda exigirse a tal sujeto asegurador únicamente el precio público en la proporción con la culpa que corresponda al sujeto asegurado y no dicho precio público en su totalidad”*

En suma, dicho pronunciamiento judicial confirma que la exégesis del art. 83 de la LGS lo que denota es que el legislador ha querido que sea ese “tercero obligado al pago” (asegurador) en supuestos de aseguramiento obligatorio especial el que asuma el coste íntegro del gasto asistencial, sin excepciones y sin limitaciones. Ello nos permite advertir que la finalidad social de la propia existencia del seguro obligatorio de la circulación de automóviles es contraria a que la seguridad social sufrague con sus medios propios los gastos asistenciales en supuestos en que exista un aseguramiento obligatorio de naturaleza especial ya que dichos gastos están al margen de las consecuencias indemnizatorias de la concurrencia de culpa del perjudicado o víctima del accidente.

- **SOBRE EL CÁLCULO DE LA EXPERIENCIA PREVIA EN LAS MUTUAS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE MAYO DE 2020 Y SU APLICACIÓN EN EL CASO DEL SERVICIO PÚBLICO ANDALUZ.**

Nicolás Muela Regli.

Letrado de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía.

I. La progresiva interpretación expansiva del concepto de Administración de la Ley 70/1978 de reconocimiento de servicios previos: los casos de los residentes MIR en hospitales privados con plazas concertadas y del Consorcio Hospital San Juan de Dios.

La valoración de la experiencia previa adquirida por los profesionales sanitarios en centros o instituciones que no son titularidad de los Servicios Públicos de Salud es una cuestión no exenta polémica, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de nuestros Juzgados y Tribunales.

Este debate tiene un entronque claro con cuestiones clásicas del Derecho Administrativo, tales como la naturaleza jurídica de los entes instrumentales o los modos de gestión de los servicios públicos. Más concretamente, lo que se trata de dilucidar en estos casos es hasta qué punto entidades que quedan extramuros del concepto o noción de Administración Pública o si prefiere, en sentido más amplio, de un régimen de Derecho Público, pueden y/o deben recibir un tratamiento jurídico análogo a éstas y respecto, a qué parcelas de su actividad.

En el ámbito sanitario, esta cuestión se proyecta en un sentido aún más amplio, si cabe, pues la participación en la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud, no se restringe a los Servicios Público de Salud, sino que extiende también a otras fórmulas organizativas como serían, por ejemplo, los consorcios, las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, las fundaciones públicas sanitarias e incluso las sociedades mercantiles públicas. A lo anterior, debe añadirse la posibilidad de celebrar conciertos y convenios de vinculación con hospitales de titularidad privada¹. En este sentido, como apunta E. Álvarez, *desde que la Constitución de 1978 reconociera en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud y la Ley General de Sanidad de 1986 (en adelante, LGS) concretara tal previsión, el sistema sanitario público ha tenido tal expansión que hoy es, desde el punto de vista de su dimensión y organización, uno de los sistemas públicos de provisión de servicios con mayor complejidad de nuestro sector público*².

En lo que se refiere a la valoración o reconocimiento por parte de los Servicios Públicos de Salud de los servicios profesionales prestados previamente en otro tipo de organizaciones sanitarias, existen números pronunciamientos sobre su proyección concreta a los aspectos retributivos, es decir, a los trienios.

Así, el artículo primero de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, establece en sus dos primeros apartados lo siguiente:

Uno. Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública.

Dos. Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario, de carrera o empleo, como en régimen de contratación administrativa o laboral

Pues bien, en línea con lo apuntado anteriormente, el concepto de “Administración Pública” que nos ofrece esta norma, ha experimentado, como en otros ámbitos de la legislación administrativa, una suerte de interpretación expansiva. Así, la Sala de Tercera del Tribunal Supremo (TS) ha declarado que, con el concepto de “servicios previos”, se está haciendo referencia a la totalidad de los servicios efectivos prestados, desempeñando plaza o destino, en cualquiera de las esferas de la Administración a las que se refiere la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, tanto en la condición de funcionario, de carrera o empleo, como en régimen de contratación administrativa o laboral (STS 648/2019, de 21 de mayo, recurso de casación 247/2016).

Podemos aludir a dos ejemplos recientes de esta línea jurisprudencial.

Así, en primer lugar, debemos referirnos a la STS 88/2020, de 28 de enero de 2020 (recurso de casación nº 1562/2017) que reconoce los servicios previos prestados durante el periodo de residencia MIR en hospitales privados con plazas concertadas, en los siguientes términos:

En fin, consideramos que la respuesta que damos a la cuestión de interés casacional es la única compatible con el derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE, pues la solución contraria genera una desigualdad o diferencia de trato, que consideramos injustificada. Las situaciones de hecho son sustancialmente iguales, pues las diferencias reales apreciadas, en los términos ya expuestos, carecen de relevancia y, por tanto, no pueden amparar un trato diferente sin incurrir en discriminación. Conviene insistir en que la diferenciación que atiende a la naturaleza del centro hospitalario, donde se ha realizado el curso formativo-asistencial, no está justificada cuando el centro privado se encuentra habilitado para impartir las enseñanzas propias de cada especialidad, según el programa formativo MIR, al que se ha tenido acceso tras superar un riguroso examen, a nivel nacional, para los titulares del grado/licenciatura en Medicina. Teniendo en cuenta, además, que se trata de un centro sanitario que atiende en régimen de concierto a pacientes procedentes del Sistema Público de Salud.

Aplicando, un razonamiento similar, aunque adaptado a las lógicas singularidades del caso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha entendido también procedente reconocer los servicios previos prestados en el Consorcio Público del Hospital San Juan de Dios (Sentencia de 10 de febrero de 2020. recurso de casación nº 3110/2018).

El TS no acepta los argumentos de la recurrente, el Servicio Andaluz de Salud, apelando a que el Hospital no es un centro sanitario público, ni una entidad del sector público, y dispone que *su constitución en 2003, con gran peculiaridad en el sistema sanitario andaluz, como instrumento de cooperación calificado como entidad de derecho público conduce a que la interpretación efectuada por la Sala de instancia se ratifique por este Tribunal. La creación del consorcio Sanitario Público del Aljarafe-San Juan de Dios, es anterior al clarificador art. 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, Sector Público estatal, que en su punto 1. D) incluye como sector público institucional estatal a los consorcios.*

El denominador común de este tipo de pronunciamientos lo encontramos, a mi juicio, en la necesidad de garantizar la igualdad de trato a los profesionales que participan de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud (SNS), sea cual sea la naturaleza jurídica de las entidades a las que se encuentran vinculados dichas entidades. Y este es justamente el elemento clave para abordar este tipo de análisis: atender no sólo a la naturaleza jurídica del ente sanitario, sino también, de forma más amplia, a si dicho ente participa de la gestión de los servicios sanitarios del SNS.

II.- El reconocimiento de los servicios previos prestados en las Mutuas accidentes de trabajo y enfermedad profesional a efectos de baremación de méritos.

Un nuevo hito en el proceso que venimos describiendo lo representa la Sentencia de la Sala Tercera del TS de 26 de mayo de 2020 dictada en el recurso de casación nº 5036/2017, que fija la siguiente doctrina: *a los efectos de baremación de méritos de los demandantes de empleo ante el Servicio de Salud, son equiparables los servicios sanitarios prestados en las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional con los que tienen lugar en los centros privados concertados, cuando las bases de la convocatoria solo prevén expresamente estos últimos, pues lo contrario vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

La Sentencia supone, pues, el reconocimiento de los servicios previos prestados por los profesionales sanitarios en las entidades mutualistas, esta vez, sin embargo, a efectos de cómputo de méritos en los procesos selectivos.

El razonamiento que la citada Sentencia emplea para alcanzar tal conclusión es, a mi juicio, inapelable. El presupuesto de partida fundamental es la Sentencia de 10 de diciembre de 2019, recurso de casación 1885/2018, sobre el carácter de la atención sanitaria de las Mutuas Patronales de Accidentes en los Servicios del Sistema Nacional de Salud.

Así, de forma muy ilustrativa, la Sala Tercera realiza el siguiente encuadre jurídico de este tipo de entidades en nuestro sistema de Seguridad Social y en las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud:

1. Partimos de que el art. 57 de la Ley General de la Seguridad Social, RD Legislativo 1/94, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social distingue dos entidades gestoras. Por un lado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, tutelado actualmente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Y, por otro, el Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de los servicios sanitarios, tutelado en la actualidad por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Y, paralelamente, los arts. 68 a 76 del citado cuerpo legal regulan las **Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social**. Concreta el art. 68 las actividades de colaboración con la Seguridad Social que comprenden tanto la gestión de prestaciones económicas, es decir las realizadas habitualmente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como la colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo, como la realización de actividades de recuperación, es decir las desarrolladas por el Instituto Nacional de la Salud, luego transformado en el Sistema Nacional de Salud o concepción integral del sistema sanitario, en términos del art. 4 de la Ley 14/86, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, del que participan los servicios sanitarios de las distintas Comunidades Autónomas.

Y en este sentido, la Sentencia añade también:

Queda claro, por tanto, que las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales constituyen uno de los recursos básicos en la atención sanitaria dirigida a los trabajadores, tanto en la acción curativa como en la acción rehabilitadora, siempre derivada de los riesgos para la salud producidos por el trabajo.

La antedicha actividad se desarrolla en paralelo con la que puedan prestar en el ámbito de las prestaciones económicas de la Seguridad Social cuya complejidad se evidencia en la STS de 14 de julio de 2009, recurso para la unificación de doctrina 3987/2008 dictada por la Sala de lo Social.

Pero lo indiscutible es que la prestación sanitaria forma parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud como ya dijo la Sentencia de 29 de junio de 2007 dictada por la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo reiterando lo manifestado por los Autos de 24 de octubre y de 22 de diciembre de 2005 también dictadas por la Sala de Conflictos de Competencia. Y de nuevo la Sentencia de 10 de julio de 2009, de la Sección Primera de esta Sala, cuestión de competencia 21/2009, reiterando lo dicho en la Sentencia de 16 de octubre de 2007, cuestión de competencia 2/2007, se pronuncia acerca de la prestación sanitaria realizada por las mutuas colaboradoras.

Por tanto, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social serían una suerte de subsistema o sistema paralelo de gestión de las prestaciones económicas y también, por lo que aquí nos interesa, de gestión de las actividades de recuperación sanitaria de sus mutualistas, que participa de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud.

Precisamente por esa participación en el sistema sanitario público, a efectos de cálculos de méritos en los procesos selectivos, no puede tratarse de forma distinta la experiencia adquirida en una Mutua que la de un centro concertado privado.

Debemos llamar la atención sobre una cuestión importante: a diferencia de en los supuestos referidos en el anterior epígrafe, el cálculo de los servicios previos no se plantea a efectos de antigüedad, sino como experiencia previa en relación con los procesos selectivos que puedan convocarse desde los servicios sanitarios públicos. Este dato es importante, pues no indica que el análisis no puede abordarse exclusivamente desde la perspectiva de la igualdad de trato entre los profesionales que participan de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, sino que ha de entrar en juego también la compatibilización de dicho principio con los de mérito y capacidad. Esto es justamente lo que se pone de manifiesto en el supuesto al que nos referimos seguidamente.

III.- La interpretación de la STS de 26 de mayo de 2020 (recurso de casación n.º 5036/2017) por la Sentencia del TSJA de 15 de marzo de 2021 (recurso de apelación n.º 1/2021): la distinción entre servicios y centros del SNS a efectos del cálculo de la experiencia previa en los procesos de selección temporal.

No es infrecuente que nuestros órganos jurisdiccionales lleven a cabo una labor interpretativa de los criterios jurisprudenciales establecidos previamente por el Tribunal Supremo pronunciarse sobre las diversas cuestiones que se someten a su consideración. Esto es justamente lo que ha sucedido con la Sentencia de Sala de lo Cont-Adtvo del Tribunal Superior de Justicia de 15 de marzo de 2021 (recurso de apelación n.º 1/2021) respecto a la comentada STS de 26 de mayo de 2020.

El origen de dicho pronunciamiento se encuentra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Sevilla en el Procedimiento Abreviado 117/2020, que estima íntegramente la demanda y reconoce el derecho de la recurrente a la valoración de los servicios prestados en la Mutua FREMAP en el apartado 1.1. del Baremo de Méritos del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad de Andalucía sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud, que otorga 0,30 puntos *“por cada mes completo de servicios prestados en la misma categoría y especialidad, en centros del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía o en sus centros integrados y en instituciones sanitarias públicas españolas y de países miembros de la unión europea (UE) o del espacio económico europeo (EEE)”*. Y ello, frente al criterio del SAS, que sostenía que la interpretación de la STS de 26 de mayo de 2020 debía conducir a la valoración de la experiencia previa en Mutuas como centros concertados, es decir, con 0.10 puntos³.

Sin embargo, la juzgadora de instancia, interpretando la misma Sentencia alcanza otra conclusión, pues, según su criterio, la STS de 26 de mayo *no viene a establecer como doctrina legal que siempre y en todo caso los servicios prestados en FREMAP hayan de ser valorados como prestados en centros privados concertados y ello por lo que en dicha Sentencia se viene a indicar en su fundamento jurídico séptimo*. Y añade: *dado que de la Sentencia anteriormente indicada se desprende la procedencia de valorar dichos méritos en dicho apartado, como prestados dentro del Sistema Nacional de Salud, debe estimarse la demanda, dado que así se lo autobaremo la*

actora, procediendo a la retroacción del procedimiento a los efectos de que la Comisión proceda a baremar a la actora conforme a lo indicado anteriormente la experiencia profesional en FREMAP.

Sobre la base dicho razonamiento, la Sentencia del Juzgado estima la demanda y reconoce el derecho a que los servicios previos prestados en las Mutuas le sean reconocido como experiencia previa en centros del Sistema Nacional de Salud a efectos de los procesos de selección temporal del SAS.

Como puede comprobarse, la Sentencia recurrida da un salto interpretativo respecto del criterio sentado por el TS, al entender que el pronunciamiento sobre el cómputo de la experiencia en FREMAP “al menos” como centro privado concertado, en conjunción con el criterio sentado de que la prestación sanitaria realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales forma parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud, conduce a valorar los servicios prestados en la mutua en el apartado: *centros del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía o en sus centros integrados y en instituciones sanitarias públicas españolas y de países miembros de la unión europea.*

La confusión interpretativa es clara, y así se hizo valer en el recurso de apelación interpuesto por el SAS, pues el criterio jurisprudencial asentado por el TS se refiere a “servicios del SNS”, no a “centros del SNS”, por lo que se estaría llevando a cabo una indebida interpretación extensiva de tal criterio.

En efecto, la Sentencia del TS, razona que, en aplicación de diversos preceptos normativos de la Ley General de Seguridad Social, las prestaciones sanitarias de las mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales forman parte de los servicios integrados del SNS y que precisamente, por esa participación en el sistema sanitario público, a efectos de cómputos de méritos en los procesos selectivos, no puede tratarse de forma distinta la experiencia adquirida en una Mutua que la de un centro concertado privado.

Ahora bien, en ningún caso, el TS considera equivalentes los conceptos de “servicio del SNS” y “centro del SNS”. Lo que se pretende, en definitiva, es que el profesional sanitario de una Mutua sea valorado del mismo modo que un centro concertado. Nada más y nada menos.

La Sentencia de Sala de lo Cont-Adtvo del Tribunal Superior de Justicia de 15 de marzo de 2021 acepta los argumentos del SAS, afirmando expresamente que: *la Sala Tercera se pronuncia sobre la naturaleza de sus prestaciones sanitarias, en cuanto servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud, pero no como centros del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Y añade que : Pero en este concreto supuesto, en el que las bases reguladoras del proceso selectivo indican expresamente, como presupuesto para la valoración del mérito de referencia, que los servicios hubieren sido prestados en centros del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía, no puede compartirse el razonamiento que lleva a equiparar plenamente su trascendencia a estos efectos de baremación de méritos los servicios prestados en el Fremap como si hubieren sido realizados efectivamente en un centro integrado en el Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía.*

En definitiva, la experiencia adquirida en mutuas, en la medida en que supone la participación en la prestación de los servicios sanitarios del SNS, debe contar con una valoración análoga a la de los centros concertados, con los que comparte precisamente ese elemento característico. Ahora bien, en ningún caso, cabe ir más allá y equiparar los servicios del SNS con los centros del SNS, pues este segundo concepto es evidentemente más restringido que el primero.

IV.- Reflexión final

Entiendo que la solución jurídica por el TSJA es acorde con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad⁴.

Aunque la normativa de Seguridad Social encuadra a las mutuas en el sector público estatal⁵, el concepto de Administración Pública o el más amplio de sector público no tienen carácter unívoco, sino que dependiendo de la normativa que analicemos, las definiciones de dichos conceptos tendrán un alcance u otro.

Concretamente, por lo que concierne a las Mutuas, esta incardinación en el sector público estatal no se traduce en la aplicación de la normativa sobre función pública, quedando fuera del ámbito subjetivo del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Atendiendo a los elementos expuestos, es evidente que valorar la experiencia adquirida en este tipo de entidades en los mismos términos que en un centro sanitario público comportaría una vulneración de los artículos 15, 23 y 103 de la Constitución, un vaciamiento de dichos preceptos constitucionales, pues se estaría aplicando criterios de valoración de experiencia idénticos para profesionales que no han sido seleccionados bajo procedimientos equiparables.

En definitiva, creo que las resoluciones analizadas “ponen sobre la mesa” una cuestión relevante que trasciende incluso al caso específico que nos ocupa⁶: el distinto rigor con el que se aplican los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en los procesos selectivos de las distintas organizaciones que participan de la gestión de los servicios sanitarios del SNS, es un elemento que necesariamente debe tenerse presente y modularse al fijar los criterios tenidos en cuenta para baremar la experiencia previa en los procesos selectivos llevados a cabo por los servicios públicos sanitarios, porque del mismo modo que no se puede desconocer la pluralidad de entidades que pueden participar dicha gestión, tampoco puede obviarse que los procesos selectivos que dichas entidades aplican no son siempre homologables.

Notas al pie:

[1](#). Artículos 90 y 91 de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

[2](#) .Álvarez González, Elsa Marina. “FORMAS PRIVADAS DE PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA EN ESPAÑA”. *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?* : atti del XVIII Congresso dell'Associazione Italo-Spagnola dei Professori di Diritto Amministrativo, Bologna, 27-29 maggio 2010 / coord. por Fabio A. Roversi Monaco, Marco Cammelli, Luciano Vandelli, 2012, 88-7395-772-0, págs. 223-239

3. 1.3.- por cada mes completo de servicios prestados en la misma categoría y especialidad en **centros concertados con la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía o adscritos al Sistema Sanitario Público de Andalucía en virtud de un convenio singular de vinculación: 0,10 puntos.**

4. Artículos 23 y 103 de la CE.

5. Así, según el artículo 80.4 de la Ley General Seguridad Social: *4. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad”.*

6 Se me ocurre por ejemplo el diverso tratamiento que aún a determinados efectos, sin ir más lejos, la propia estabilidad del vínculo, merecen funcionarios de carrera e interinos.

4. SENTENCIA PARA DEBATE

- COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 ALBACETE .SENTENCIA: 10065/2021 .PUESTOS DE LIBRE DESIGNACION Y PERSONAL NO FIJO Y LA SENTENCIA DEL T.S.J.DE ANDALUCIA, SEVILLA CON/AD.SEC1. SENTENCIA: 516/2019 DE 10 DE ABRIL.

M^a Jesús Gómez del Moral Martínez.
Asesora Jurídica GAI Cuenca.

OBJETO DE DEBATE.-La cuestión que se discute es si es posible la participación, en un proceso de provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación, de personal estatutario no fijo.

La sentencia de instancia afirma que sí por tres motivos:

- a) El art. 24 del Real Decreto-ley 1/1999 no contiene mención alguna en cuanto al carácter fijo o temporal del personal a participar en estos procesos.
- b) Ni siquiera desde la perspectiva de la pertenencia al grupo de clasificación profesional de los puestos convocados puede defenderse otra postura, pues lo decisivo no es la adquisición de dicho grupo por el aspirante, que es personal temporal, sino que el mismo haya desempeñado puestos de dichos grupos y que reúna la titulación exigida para el acceso a dichos Grupos.
- c) La doctrina del TJUE sobre la no discriminación del personal temporal frente al fijo también abona dicha solución, máxime cuando el designado es un interino de larga duración.

El demandante apela la sentencia invocando la doctrina sentada en dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid. Asimismo, trae a colación la aplicación analógica de lo establecido en el Decreto autonómico 89/2005 de 26 de julio, que regula la provisión de las Jefaturas de carácter asistencial del SESCOAM, y que prevé expresamente que la provisión se hará de entre el personal fijo.

QUE DICE EL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA.-

Estima el recurso y declara categóricamente que el personal estatutario temporal no puede participar en los procesos de provisión de puestos de trabajo, sean por concurso o por libre designación.

Tiene razón el actor cuando señala que no había motivo para impugnar la convocatoria misma, pues ésta exigió que el personal “reúna los requisitos exigibles en cada caso”, y desde luego el primer requisito es ser personal estatutario fijo, según se desprende de toda la normativa de aplicación:

1) En primer lugar, la propia naturaleza del nombramiento del personal estatutario temporal pugna con esta posibilidad. Según el art. 9 del EM, el personal estatutario temporal es el que se nombra *por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario*; así pues, si el nombrado se va a otro puesto es porque ya no es necesario en aquél para el que fue designado; pero si ya no es necesario en él, la razón de su nombramiento decae simultáneamente, de modo que simplemente debe dejar de ser personal estatutario temporal.

Por consiguiente, la misma naturaleza del personal temporal pugna con la posibilidad de que acceda, por los procesos de provisión, a puestos diferentes de aquéllos para los que fue nombrado.

2) De acuerdo con el art. 2.3 del EBEP, los artículos 78 y siguientes se desprende inequívocamente que los procesos de provisión, que son el concurso y la libre designación, son **aplicables solamente a los *funcionarios públicos de carrera*, de lo que hay que colegir inequívocamente que en el ámbito estatutario son aplicables solamente al *personal estatutario fijo*.**

3) La normativa propia del personal estatutario no incluye nada que contradiga la anterior conclusión, ni se ha citado o traído a colación norma alguna que permita actuación tan extravagante como la de permitir al personal temporal participar en los sistemas de provisión de puestos de trabajo compitiendo con el personal fijo por los puestos de trabajo.

4) La forma de actuar de la Administración, y aceptada por la sentencia, crea una situación jurídicamente inaceptable. Dado que no existe un *tertius genus* entre el personal temporal y el fijo.

5) La invocación de la doctrina del TJUE fijada en aplicación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco contenido en la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, no permite en absoluto llegar a la conclusión a la que se llega en la sentencia de instancia. Desde luego dicha jurisprudencia no ha dicho que haya que aplicar, en todos los aspectos y en bloque, el régimen de los funcionarios de carrera a los temporales, borrando cualquier diferencia, pues son aceptables las diferencias que son inherentes precisamente al carácter temporal de la relación; como señala la STJUE 21/11/2018, asunto C-245/17 (parágrafo 48).

En idéntico sentido, en cuanto al fondo, pero con más acierto jurídico- formal , según nuestro criterio, se ha pronunciado la SS TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 516/2019 de 10 abril, entre otras.

La característica esencial del personal interino es la temporalidad del desempeño de las funciones de un puesto vacante hasta que sea cubierto por el titular de carrera, único personal que ha sido seleccionado, tras la realización de los procesos de selección legalmente establecidos con garantías constitucionales, de ahí que aunque se encuentre comprendidos en el ámbito de aplicación de los Estatutos, solo les es aplicable en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición de temporal lo que impide el acceso a una plaza con carácter indefinido, y más en el caso de autos que se trata de cargo intermedio por el procedimiento de libre designación, que determina

que se trate de cargos de responsabilidad que aconsejan el desarrollo de funciones en una estrecha colaboración con los cargos directivos.

Por lo expuesto, debemos estimar el recurso en este punto y anular, el apartado 2.5 de las bases en cuanto permite la participación al personal funcionario o personal estatutario interino.

Este precepto ha sido ya analizado por diversos Tribunales de Justicia ,entre ellos , la Sentencia núm. 1325/2013 del TSJ de Madrid que dice lo siguiente, reiterando su criterio:

” Por tanto, la cuestión a examinar en la presente apelación consiste en determinar si, como afirma la sentencia apelada, para poder participar y ser adjudicataria por el sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación, se ha de reunir o no la condición de funcionario de carrera, en el presente caso, de personal estatutario fijo.

La Sección, comparte los argumentos que se expresan por la Juzgadora "a quo" y llega a la misma conclusión que la sostenida en la Sentencia recurrida, comparte los razonamientos expuestos en la Sentencia impugnada, los cuales hacemos nuestros, para llegar a la misma conclusión que la sostenida en aquélla, que la interinidad puede fundarse en la necesidad de cubrir provisionalmente una plaza cuyo titular tenga derecho a reserva de la misma, o bien, en tanto no se cubra una vacante en forma reglamentaria y se entiende que estas situaciones son alternativas,- según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo -, doctrina Jurisprudencial que además se encarga de poner de manifiesto que la interinidad concedida a un funcionario sólo debe terminar, salvo caso de amortización de la plaza, cuando ésta se cubra, bien por reintegrarse a la misma su titular -en caso de reserva-, bien por la incorporación de un nuevo titular mediante el procedimiento reglamentario.

Es decir, cabe afirmar que la interinidad se funda en la necesidad de cubrir provisionalmente una plaza que se halla vacante, bien por corresponder a titular con derecho a reserva de la misma, bien por no hallarse cubierta aún reglamentariamente, debiéndose poner de manifiesto que la situación de interinidad es siempre de duración limitada y no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa, ni tan siquiera el nombramiento como interino puede suponer prejuzgar la provisión definitiva de la plaza desempeñada en virtud de un nombramiento de aquella naturaleza.

Expresado lo anterior, la definición transcrita nos revela, sin temor al equívoco, que el rasgo característico de la situación jurídica de funcionario interino no es otro que el de la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, pues se trata de cubrir una necesidad pasajera de la Administración, corolario de lo cual no puede sino ser el hecho de que tal situación jurídica no está presidida por las notas de permanencia e inamovilidad en la función, condiciones estas últimas que sólo corresponden a los funcionarios de carrera, es decir, a aquéllos que, previa superación de las pruebas correspondientes, obtienen el pertinente nombramiento conferido por la autoridad competente para prestar servicios de carácter permanente, juran o prometen cumplir la Constitución, el Estatuto de Autonomía y las Leyes, en el ejercicio de las funciones que les están atribuidas y toman posesión de sus puestos de trabajo en el plazo reglamentario.

Es en base a aquellas notas definitorias, precisamente, por las que es evidente que el funcionario interino y como sostiene la sentencia apelada no puede concurrir a un concurso de provisión de puestos de trabajo al que solo puede concurrir el personal que reúna la condición de funcionario de carrera, toda vez que, como antes se ha expresado, la designación de funcionarios interinos, como vía excepcional, se justifica por la concurrencia de razones de urgencia o necesidad, y pierde esa justificación al mismo tiempo que desaparecen tales razones y ello por no aludir, además, a que pudiera no existir dotación presupuestaria pues, y como ya sabemos, su existencia es requisito "sine quae non" para la existencia de una situación de interinidad. Así las cosas, y como certeramente pone de relieve la Sentencia apelada, en el caso que hoy nos ocupa resultaba completamente injustificado el nombramiento cuestionado en la Instancia pues se trata de personal interino.

Este mismo Tribunal(TSJ Madrid) afirmaba en la Sentencia de 4 de noviembre de 2004 ,” prestaba sus servicios como auxiliar administrativo con un contrato de interinidad , sin que por tanto recayera en la misma la condición de personal estatutario o funcionario de plantilla, en los términos en que debemos entender exige el artículo 24 de la Ley 1/99, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias, (normativa al amparo de la cual se efectuó la convocatoria), que al referirse a los requisitos para acceder a la misma dice: personal que a la fecha de la publicación se encuentre prestando servicios en instituciones sanitarias radicadas en la correspondiente provincia o área de salud, siempre y cuando reúna los requisitos exigibles en cada caso.

La remisión que hace la Ley requisitos se determinan, en este caso, en la concreta convocatoria, y estos son, pertenecer a alguna de las categorías previstas en el Estatuto de Personal no Sanitario, clasificadas en el Grupo que para el puesto de Jefe de Grupo de Área, dispone el Anexo a la misma y son los Grupos C y D. Todo esto nos lleva, en una interpretación coherente y sistemática de la normativa aplicable en relación con los requisitos de la convocatoria cuando exigen como requisito específico para el puesto de Jefe de Grupo, el pertenecer como personal estatutario o funcionario, a categorías, cuerpos o escalas de los Grupo C o D, que el nombramiento por libre designación para las Jefaturas de Equipo de Áreas de Gestión ha de efectuarse a favor de personal que ocupe su plaza en propiedad, como titular de la misma. Por otra parte en cuanto al personal contratado al que se refiere el artículo 2 de la Orden de 5 de julio de 1.971, por la que se aprueba el Estatuto del Personal no Sanitario de Instituciones Sanitarias, puede ser interino o eventual, cuya contratación se justifica por circunstancias bien determinadas, aquél, en lo que aquí importa, para sustituir a personal de plantilla, cuando las necesidades del servicio lo exigieren, por razón de la ausencia del titular. Por consiguiente, resulta claro que la naturaleza de la condición de este personal impide que pueda participar en los concursos para la provisión ordinaria de los puestos de trabajo, pues su relación de servicio con la Administración se justifica en virtud de las circunstancias precisas que permitieron su contratación, y una vez que éstas cesen se extinguirá el vínculo que les unía con la misma - artículo 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, en relación con los interinos. Consecuentemente procede, de acuerdo con lo expuesto estimar el recurso que nos ocupa.”

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

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

I.- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

- Tribunal Supremo: El acceso indebido a datos sanitarios de la historia clínica es delito. Revocación de la STSJ de Castilla y León de 16 de abril de 2019.

STS de 17 de marzo, nº 250/2021, rec. 2463/2019.

I.- LOS HECHOS.

Los hechos de forma muy resumida son los siguientes:

Enfermera del SACYL prestaba sus servicios en el servicio de guardia presencial de un Centro de Salud de una localidad de Valladolid. Por esa condición tenía a su disposición el programa informático MEDORACYL, que recoge la información integral de los pacientes del servicio público de salud, tanto su historial clínico como sus datos personales, si bien el acceso a la misma solo está permitido cuando se trate de un paciente "asignado" al profesional que va a efectuar la consulta o, si se trata de un paciente "no asignado", que tal acceso sea debido a un motivo justificado. Así las cosas, en fecha 18 de Febrero de 2.016, a las 19,53 horas, accedió, durante un tiempo de un minuto aproximadamente, a los datos de otra profesional sanitaria que, a su vez, era paciente de otro Centro de Salud sin que hubiera motivo justificado alguno. Y de igual manera, en fecha 23 de Febrero de 2.016, a las 18,24 horas y a las 18,25 horas, accedió también, durante un minuto aproximadamente en cada caso, a los datos de dos hijos de la anterior, pacientes también de otros Centros de Salud de esa provincia.

La víctima afectada por el acceso indebido, dado que es también enfermera, accedió al historial clínico de su hijo Genaro debido que se iba a marchar a Estados Unidos para comprobar si tenía recetada una determinada medicación, y así de casualidad, descubrió que la acusada había consultado la historia clínica de su hijo en el mes de febrero de ese mismo año.

La justificación esgrimida por la acusada fue que le pudo la curiosidad y se metió en las historias clínicas con el único fin de saber la dirección de Doña Gloria, y que lo hizo por el nerviosismo que padecía, al igual que los demás profesionales sanitarios de este Centro, ante la posible reintegración de Doña Felisa a su puesto de trabajo, en ese mismo Centro de Salud, acordándose de los múltiples problemas que ésta causó cuando ejercía su trabajo años anteriores, en ese mismo Centro de Salud.

II. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.

Sorprendentemente la Audiencia consideró que en este caso no cabía hablar de reproche penal y reconduce las actuaciones a la vía disciplinaria, pues *“entendemos que, sin pretender banalizar la entidad de los hechos cometidos por la acusada, no consideramos que los mismos merezcan el reproche penal dado que no se ha producido una grave afectación del bien jurídico protegido.”*

Todos los datos que obran en la causa apuntan a que se trató de un comportamiento derivado de la mera curiosidad, producto de los enfrentamientos personales que entre la denunciante y la denunciada habían existido en el pasado, y aunque no es justificable su conducta, lo cierto es que el acceso tuvo lugar durante un periodo de tiempo muy pequeño, sin que conste que la acusada haya hecho uso de los datos que allí aparecieran, no constando que los difundiera de modo alguno, ni que los haya utilizado de alguna manera. Fue simplemente la curiosidad de meterse en una ocasión y de manera puntual, por un periodo de tiempo muy pequeño, en sus historias clínicas”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial fue, a su vez, confirmada posteriormente por Sentencia de 16/04/2019 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León.

III.- EL CRITERIO DEL TS: ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

Ahora el TS analiza el recurso de casación a partir de la doctrina fijada en casos similares, citando a tal efecto la reciente a STS 178/2021, de 1 de marzo:

“En dicha sentencia se enjuició un caso muy similar en el que una profesional sanitaria entró en una historia clínica sin autorización y, como aquí, por curiosidad, y se tuvo conocimiento de ese acceso por una conversación posterior que dio lugar a la formulación de la denuncia. Esta Sala consideró típica la conducta y estimó procedente la sanción penal porque el acceso no autorizado a datos sensibles relativos a la salud colma las exigencias del tipo por el singular carácter sensible de esos datos.

En dicha sentencia hemos reiterado que “(...) tratándose de datos albergados en ficheros de salud, ese perjuicio aparece ínsito en la conducta de acceso. Se trata de datos sensibles que gozan una especial protección por tratarse de datos relativos a la salud. La salud forma parte de la estricta intimidad de la persona y, de acuerdo a nuestra cultura, se considera información sensible y es inherente al ámbito de la intimidad más estricta, es “un dato perteneciente al reducto de lo que normalmente se pretende no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona de su núcleo familiar (...)”.

En este caso concreto queda acreditado que:

a) La acusada carecía de autorización para acceder a los datos a los que ilícitamente accedió, sin que conste que hubiera de realizar maniobra alguna para sortear los sistemas de seguridad del sistema informático.

b) Se valió de su profesión para conseguir el acceso, ya que no hubo ningún tipo de justificación profesional o de otro orden ni tenía autorización de los titulares de los datos.

c) Los datos a los que se accedió estaban alojadas en un programa informático MEDORACYL, que recoge la información integral de los pacientes del servicio público de salud, tanto su historial clínico como sus datos personales

Por todo lo anterior, concluye la Sala, la acción desplegada por la autora es constitutiva del delito tipificado en el artículo 197.2 CP.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN DEL TIPO AGRAVADO DEL ART. 197.5 DEL CP.

Si el acceso a datos de salud ya integra el perjuicio que exige el artículo 197.2 CP para considerar típica la conducta, la agravación que se deriva del párrafo 5º del mismo precepto exige que por las circunstancias concurrentes en el caso la injerencia en esos datos, en cualquiera de sus modalidades típicas haya causado un perjuicio relevante, distinto del mera injerencia, que justifique la mayor penalidad que impone el subtipo agravado.

A partir de este argumento, reproducido en SSTs anteriores, considera que dicha interpretación supondría la lesión del principio non bis in ídem. Conforme al criterio del TS, solo será de aplicación el apartado 5 del art. 197 del CP *“Cuando la afectación de la salud manifiesta una especial intensidad, o cuando en el hecho concurren unas consideraciones específicas por las que resultan afectadas la dignidad de la persona, su honor, o un perjuicio relevante distinto de la salud, que sea consecuencia del acceso injustificado e in consentido, o revelen especial dañosidad o lesividad”*.

Sin embargo en este caso el TS entiende que no concurren las circunstancias antes expuestas para la aplicación del tipo agravado, ya que *“se trató de un simple acceso, guiado por la curiosidad, que no fue seguido de acción alguna que conllevara una lesión adicional del bien jurídico, por lo que no hay razón que justifique la agravación punitiva pretendida”*.

Más información: poderjudicial.es

- Cesión de datos sanitarios recabados con fines asistenciales a Mutua de AT/EP con fines de control de prestación económica de Seguridad Social.

Resolución de la AEPD. Procedimiento N°: PS/00074/2020.

El reclamante por propia iniciativa se realizó el 2/08/2019 una primera resonancia de la rodilla derecha en CENTRO DE DIAGNÓSTICO CAMPO GRANDE S.L. a través de su seguro médico privado ADESLAS.

Unos días después según el reclamante *“ por un accidente en el centro de trabajo ”* FREMAP, Mutua colaboradora de accidentes y enfermedad profesional colaboradora de la Seguridad Social para la empresa en la que presta servicios el reclamante, con el fin de valorar la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia, encargó una prueba médica: *“ resonancia de rodilla derecha ” “ en el hospital Sagrado Corazón*

Esta labor se encomienda a través de un contrato existente entre la Mutua y el centro sanitario reclamado que, a su vez, pertenece al mismo grupo empresarial que el primer centro sanitario donde fue atendido el paciente, y que dispone de un historial clínico único a nivel de Grupo de empresas, en los cuarenta centros diagnósticos que existen en España.

Se pone en conocimiento de la Mutua los datos médicos del paciente obtenidos de su diagnóstico médico prestado y obtenido antes de que se ordenara por la citada Mutua analizar al paciente para comprobar su rodilla derecha. El centro sanitario compara el diagnóstico por imagen y eleva un informe a la Mutua comparativo con los datos de la anterior asistencia.

Manifiesta el reclamante que como consecuencia:” *la doctora que le atiende le dice que se dirija a su médico privado o a la Seguridad Social, ya que ellos no pueden considerar el accidente en el centro de trabajo como laboral, pues hay una resonancia magnética anterior realizada en la misma parte del mismo miembro .”*

En definitiva, en la prueba ordenada por FREMAP el centro sanitario que le atendió recogió y le dio a la Mutua información con sus *datos médicos “a una entidad de lo que yo he realizado a través de otra entidad privada .”*

En este caso, el centro sanitarios actuaba como colaborador en la gestión de la Seguridad Social, y aunque tenía acceso a toda la historia clínica por pertenecer al mismo Grupo AFFIDEA, no se le requirió consentimiento para que los datos médicos contenidos en la primera asistencia se incorporasen al informe que tenía que realizar el 27/08/2019, cuando actuaba como servicio sanitario de la entidad Mutua FREMAP, colaboradora en la gestión.

Por tanto la consulta y constatación del hallazgo de la asistencia primera en el segundo informe para la Mutua no fue informada específicamente al afectado y constituye una extralimitación en el tratamiento llevado a cabo.

Como afirma la Agencia:

“Lo cierto es que la primera se ejecutó por cuenta propia del reclamante bajo un régimen privado, lo que indica que aunque forme parte de un historial clínico único instrumentado o destinado a una asistencia adecuada, de calidad y corrección, el tratamiento de los datos de salud no solo cuando se practican las pruebas, sino cuando se ceden el contenido de esas pruebas, se debe contar con las excepciones del artículo 9.2 del RGPD. Aquí se están recogiendo y tratando datos exhaustivos de una sesión previa de tratamiento y diagnóstico para un informe destinado a valorar si las lesiones proceden o guardan relación con un accidente de trabajo (gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social).

La condición en que se le presta el servicio a la Mutua a través del reclamado, en calidad de colaborador en la gestión de la Seguridad Social de la prestación de accidente de trabajo, no se trata de la prestación de asistencia sanitaria, sino dentro del mismo artículo, la de “gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”, aunque el reclamante esté obligado a presentarse a la prueba médica, lo es con el objeto de determinar si las lesiones o síntomas producidos el día 27/08/2019 en el centro de trabajo proceden o no de una contingencia profesional, no para prestarle una mejor asistencia médica.

Cuando la LAP prevé la confidencialidad de los datos obtenidos en relación con los datos de salud, comunicándose unos datos precedentes a la prueba a la Mutua, asociación de empresarios agrupados para la gestión de la prestación de accidente de trabajo y con la finalidad de que se concluya sobre la causa productora de la lesión, están saliendo los datos del citado ámbito a un sujeto diferenciado, con propia personalidad jurídica y al que se considera que ni el RGPD ni la LOPDGDD ni la norma sectorial de LAP autoriza dicha comunicación, suponiendo una infracción de medidas de seguridad al permitir claramente con dicha acción la infracción de la confidencialidad de parte de los datos que se ceden a la Mutua, los de la primera valoración, al realizarse el 27/08/2019 la derivación por la Mutua para determinar si concurría o no en dicho acto la contingencia de accidente de trabajo.

Es cierto que al paciente se le informó en el segundo centro sanitario con ocasión de la realización de la segunda prueba diagnóstica, que sus datos se iban a ceder a la Mutua, argumento insuficiente para la AEPD, pues “no significa que se traten de la asistencia y los datos y documentación clínica que se genera en la primera asistencia, que es lo que se hizo, sin que conste que el reclamante autorizara ni se le pidiera la autorización para la consulta de los datos previos”.

En cuanto a la posible comisión de un delito por parte del centro sanitario en el supuesto de omitir a la Mutua esa información tan relevante y, de este modo, contribuir a la percepción indebida de una prestación de SS, la Agencia argumenta:

“Esta posibilidad de comunicación de datos no guarda relación con la evitación del fraude, como alude el reclamado que justificaría la intromisión en los datos íntimos de los pacientes con el acceso indiferenciado a los datos de salud. Se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de esas habilitaciones legales por razón de la finalidad encomendada, sustituyendo la finalidad de la norma hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Todo lo cual lleva a advertir de la necesidad de factores objetivos para conseguir la incorporación de previas pruebas asistenciales para la constatación en el diagnóstico a realizar, conforme señala el deber de confidencialidad y expresamente el artículo 13 del Decreto CYL”.

Más información: www.aepd.es

II.- DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

- El permiso por hospitalización de familiares requiere internamiento del enfermo en el centro sanitario un determinado tiempo.

STS 15 Julio 2020 nº 652/2020, rec. 11/2019.

El TS se pronuncia sobre la delimitación de lo que deba entenderse por hospitalización a los efectos de reconocer el derecho a los trabajadores a obtener dos días hábiles de permiso cuando tal hospitalización se produce respecto de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

La organización sindical recurrente defiende que no sea necesario para lucrar el permiso, que en el caso de hospitalización del familiar haya una pernoctación del mismo en el hospital.

La sentencia desestima el recurso y afirma que *“Es el concepto de hospitalización como sinónimo de ingreso en un hospital o clínica y con sometimiento del enfermo al régimen de vida de la institución en la que permanece internado, el que de antiguo se viene siguiendo y ahora se confirma”.*

Más información: poderjudicial.es

- MIR: derecho al percibo de complemento de atención continuada durante los períodos de descanso por adaptación de puesto y maternidad.

STSJ de Castilla-La Mancha nº 01276/2020, de 28 de Julio.

Conclusiones:

a) Durante los periodos adaptación y de baja vinculados a la protección de la maternidad, la trabajadora tiene derecho a mantener un equilibrio retributivo en relación a lo percibido previamente en el puesto de trabajo.

b) Cuando, como es el caso, la adaptación del puesto y las bajas vinculadas a la protección de la maternidad no han permitido el desempeño pleno de la actividad profesional, debería mantenerse como un derecho de la trabajadora la percepción de los conceptos retributivos funcionales, esto es, los vinculados al desempeño del puesto de trabajo en las condiciones definidas para el mismo

c) El complemento de atención continuada es en efecto de tipo funcional, ya que depende del desarrollo por los profesionales de las guardias programadas en cada caso, y por ello

d) Si no se han llegado a realizar guardias como consecuencia de la adaptación del puesto y de las bajas vinculadas a la maternidad, debería compensarse tal defecto mediante el promedio de guardias realizadas en el servicio de adscripción por el resto de integrantes del mismo en iguales condiciones que la afectada.

Más información: poderjudicial.es

III.- CONTRATACIÓN PÚBLICA

- En el caso de no existir criterio de valoración sujetos a juicio de valor, la confusión de datos en los sobres no producirá el efecto que se ha venido a denominar contaminación de las ofertas.

Resolución nº 47/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad De Madrid, de 05 de Febrero de 2020.

Desestimación de recurso contra un contrato de suministros médicos en el que se pretende excluir al adjudicatario por haber incluido en el sobre 1 documentación administrativa, cualidades de los equipos valorables mediante la aplicación de fórmulas. Se desestima porque en primer lugar la información que aparece en dicho sobre no es valorable y en segundo lugar porque ante la ausencia de criterios sujetos a juicio de valor, no se produce contaminación en la oferta por adelantar criterios que serán únicamente valorados con aplicación de fórmula.

En cuanto al fondo del recurso considera el recurrente que la oferta técnica presentada por la adjudicataria revela cualidades del equipo propuesto que serán objeto de valoración, conculcando de esta forma el orden de apertura de las ofertas y en consecuencia considerando que debe ser anulada la adjudicación.

En su escrito de alegaciones GE manifiesta que la referencia que se efectúa en el sobre 1 al software AoA no incorpora por defecto la medición de los tres parámetros que son motivo de evaluación mediante fórmulas. Manifestando asimismo que es el sobre correspondiente donde refiere la pantalla de visualización Ballview que solo estará presente si se acompaña de otros módulos opcionales como analgesia SPI y relajación NMT de forma conjunta.

Asimismo invoca diversas Resoluciones de Tribunales Especiales en Materia de Contratación donde se acuerda que en el caso de no existir criterio de valoración sujetos a juicio de valor, la confusión de datos en los sobres no producirá el efecto que se ha venido a denominar contaminación de las ofertas.

Ante este tipo de situaciones, el Tribunal considera que lo trascendente ante esta situación es determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas.

EL Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas la 154/2017, de 17 de mayo donde se señala *"El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos"*.

Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir.

En el caso que nos ocupa, los criterios de valoración recogidos en los PCAP son: Descripción del criterio Ponderación: 1. Precio: 45 puntos 2. Criterios evaluables de forma automática: 55 puntos.

Por lo tanto ante la inexistencia de criterios valorables mediante juicio de valor, la doctrina de la contaminación del criterio del evaluador, cede ante la existencia únicamente de criterios valorables de forma automática, por lo que se desestima el recurso planteado.

Más información: comunidad.madrid

- El órgano de contratación debe pronunciarse de forma motivada sobre las concretas razones por las que rechaza la declaración de confidencialidad.

Resolución Del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales 926/2020. Recurso nº 389/2020 C. Valenciana 100/2020.

Recurso interpuesto contra la Resolución de denegación de la confidencialidad de parte de la documentación presentada en la licitación convocada por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el *"Servicio de tratamiento de la enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis"*.

"No es conforme a Derecho la denegación global de la confidencialidad, sino que el órgano de contratación debe pronunciarse de forma motivada sobre las concretas razones por las que rechaza la declaración de confidencialidad formulada por la recurrente respecto de cada documento, aspecto o partes concretas de su oferta que considera que afecta a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de la oferta, más allá del hecho de que la misma abarque la práctica totalidad de la oferta de la recurrente; requiriendo a esta última, si lo estima necesario, para que exponga los motivos por los que, a su juicio, esos datos no pueden ser divulgados y resolviendo justificadamente el órgano de contratación qué parte o partes de la oferta de la empresa recurrente merecen o no la consideración de confidenciales."

Más información: hacienda.gob.es

- **Extravío de ofertas:** la empresa licitadora no ha justificado que el archivo electrónico contuviera los documentos que la Administración contratante declaró no haber hallado en el acto de apertura.

**Resolución Del Tribunal Administrativo Central
De Recursos Contractuales 1156/2020. Recurso nº 839/2020 C.A. de Castilla-La
Mancha 47/2020.**

Desestimación del recurso interpuesto por empresa licitadora por un supuesto extravío de documentación, partiendo para ello de la presunción de objetividad, profesionalidad e imparcialidad de la Mesa de Contratación no destruida con prueba en contrario, ligado a la presunción general de validez de la actuación administrativa consagrada en el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Adicionalmente, el acta aparece firmada por la Secretaria de la Mesa de Contratación que, en cuanto a tal, goza de facultades certificantes a las que, a falta de prueba en contrario, el Tribunal ha de atender.

La empresa recurrente no ha invocado ni acreditado ningún problema técnico en el envío a la Plataforma de Contratación del archivo electrónico del sobre nº 3, tampoco ha justificado que dicho archivo electrónico contuviera los documentos que la Administración contratante declaró no haber hallado en el acto de apertura, y cuya falta de presentación determinó la exclusión acordada. Tampoco existe ninguna mención o referencia a dichos documentos en el archivo nº 3 que permitieran suponer una voluntad de ofertarlos por la empresa recurrente y que permitiera a la Mesa de Contratación plantearse, aun en hipótesis, un eventual trámite de subsanación.

Más información: hacienda.gob.es

- **Procede la anulación de la referencia a Mammaprint del Pliego de Prescripciones Técnicas por atentar contra la competencia.**

**Resolución nº 153/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la
Comunidad De Madrid, de 02 de Julio de 2020.**

Según el recurrente, una de las pruebas que comprende el Lote 2, denominada "MammaPrint", sólo puede realizarse por un operador económico dado que ostenta la distribución en exclusiva en España y Portugal de dicha prueba, por lo que estima que su inclusión en dicho Lote 2 junto a otras pruebas que otros muchos licitadores pueden prestar, impide una competencia efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación, impidiendo a todo aquél que no disponga de dicha prueba poder resultar adjudicatario.

Según el órgano de contratación *"se ha incluido "Mammaprint" porque es la plataforma mayormente utilizada por el hospital y que todas las plataformas actuales son exclusivas: Oncotype, Endopredict, PAM50, Prosigna, etc."*. *"Entre las plataformas disponibles destacan Mammaprint y Oncotype con un nivel de evidencia IA aunque únicamente en el caso de Mammaprint se ha realizado un estudio prospectivo randomizado con ganglios positivos (1-3) que valida y autoriza su utilización en dicha situación"*. Esto es, Mammaprint no es imprescindible, pero es la que proporciona mejores resultados.

Expuesta en estos términos, no está justificada la inclusión de la prueba, constituyendo una cláusula restrictiva de la competencia. Si fuera imprescindible y solo existiera un proveedor autorizado para su explotación tendrían que acudir a un procedimiento negociado por exclusividad.

Por estas razones esta cláusula vulnera el principio de concurrencia en su aplicación a las prescripciones técnicas (artículo 126 LCSP): "1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia". "6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención "o equivalente".

Más información: comunidad.madrid

IV.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- Plazo máximo de duración de un procedimiento administrativo cuando la norma guarda silencio al respecto.

STS 2916/2020, de 22 de Septiembre.

El TS fija la siguiente doctrina casacional en aquellos casos en que la suma del plazo de cada uno de los trámites del procedimiento previsto en la norma reguladora del mismo sea mayor de 3 meses:

"Procede, en consecuencia, reiterar, como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada, que, conforme al art. 42.2 y 3 de la Ley 30/92 (art. 21.2 y 3 de la Ley 39/15) "el plazo de caducidad de los procedimientos administrativos -que no tengan previsión normativa al respecto- será de tres meses, salvo que la regulación del procedimiento contenga trámites, con plazos que -sumados- excedan de esos tres meses, en cuyo caso el plazo máximo para notificar la resolución será de seis meses".

Más información: poderjudicial.es

V.- DERECHO PENAL

- Falsedad documental en receta médica.

SJ de lo Penal nº 1 de Ciudad Real nº 00150/2021, de 25 de Marzo.

La sentencia considera conductas que son constitutivas de comisión de delito continuado de falsedad de documento oficial por un FEA personal estatutario:

- a) La apropiación de ampollas de FENTANEST y DOLANTINA que no podían ser retiradas del quirófano, aprovechando descuidos de otros trabajadores.
- b) La firma en el Libro Registro de Estupefacientes a nombre de distintos enfermeros autorizados para retirar medicamentos analgésicos de uso hospitalario.
- c) El uso y firma de una receta de otro facultativo, firmándola a nombre de éste sin su autorización.

VI.- SALUD LABORAL

- Criterio técnico 104/2021 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales.

El presente Criterio Técnico se estructura en torno a las tres actuaciones inspectoras más frecuentes en materia de riesgos psicosociales.

- La primera se refiere a las actuaciones de control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales de acuerdo con las disposiciones básicas de la Ley 31/1995 de Prevención de riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención y su repercusión sobre las normas de igualdad de trato y no discriminación de acuerdo con las guías del *Committee of Senior Labour Inspectors (SLIC)*.
- La segunda versa sobre las actuaciones inspectoras motivadas por las denuncias de los trabajadores sobre la exposición real a estos riesgos y la aplicación de las disposiciones de la Ley de Prevención de riesgos Laborales y el Artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores.
- La tercera se refiere a las actuaciones sobre daños a la salud y accidentes de trabajo motivados por dicha exposición y la aplicación de la Ley de Prevención de riesgos Laborales y la Ley General de la Seguridad Social.

Más información: [mites.gob.es](https://www.mites.gob.es)

VII.- PROFESIONES SANITARIAS

- Centros de transfusión de sangre: la titulación en Medicina y Cirugía es un requisito exigible a la persona responsable del centro.

STJUE de 10 de marzo de 2021. (Sala Octava)

Las cuestiones prejudiciales planteadas giran en torno a si la legislación comunitaria se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual únicamente pueden ser designadas personas responsables de un centro de transfusión sanguínea las personas que sean titulares de un diploma en medicina y en cirugía.

El artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2002/98 establece que la persona responsable designada por un centro de transfusión sanguínea debe cumplir las «condiciones mínimas de cualificación» que enumera, entre las que se encuentra la exigencia, establecida en la letra a) de dicha disposición, de «ser titular de un diploma, certificado u otra prueba de cualificación académica oficial en el ámbito de las ciencias médicas o biológicas, expedida tras cursar estudios universitarios completos o estudios reconocidos como equivalentes por el Estado miembro respectivo»

Para el TJUE no resulta que la disposición nacional controvertida en el litigio principal (Italia) pueda considerarse, habida cuenta también del margen de apreciación concedido a los Estados miembros, una medida inadecuada para alcanzar el objetivo de mayor protección de la salud humana perseguido en el ámbito de las normas de calidad y de seguridad de la sangre humana y de sus componentes.

El TJUE concluye:

“El artículo 9, apartado 2, letra a), de la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE, en relación con su artículo 4, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual únicamente pueden ser designadas personas responsables de un centro de transfusión sanguínea las personas que sean titulares de un diploma en medicina y en cirugía, siempre que esa normativa respete en todos los aspectos el Derecho de la Unión”.

VIII.- RECURSOS HUMANOS.

- **Procede incluir en el concurso de traslados la plaza de celador que estaba siendo ocupada por motivos de salud laboral.**

STSJ de Castilla-La Mancha nº 10067/2021, nº rec 25/2019, de 26 de marzo.

Es objeto de apelación la sentencia del JC-A por la que se acuerda que se mantenga a un celador ocupando una plaza por motivos de salud laboral, y sin que por tal motivo deba ser incluida en concurso de traslados, por considerar que la misma es la que mejor se adapta a sus necesidades personales, sin necesidad de tener que dejar su actividad profesional.

Según la sentencia recurrida *“carece de sentido incluir dicha plaza en un concurso de traslados, con el riesgo que supone para el recurrente afectado, tener que dejar dicha plaza y enfrentarse a la posibilidad de no ser posible la adaptación del puesto ocupado por el mismo, o no ser posible el cambio a otro puesto”*.

Hay que tener en cuenta según el TSJ, *que el puesto de trabajo es de Celador y no está dotado de funciones especiales que lo diferencien del resto, por lo que existen muchos otros de la misma categoría en el ámbito de la GAI de Cuenca, dándose la circunstancia, además, de que el planteamiento de la sentencia apelada es de mera hipótesis, pues, según el Juzgador de instancia, carece de sentido incluir dicha plaza en el concurso de traslados, “con el riesgo que supone para el recurrente afectado, tener que dejar dicha plaza y enfrentarse a la posibilidad de no ser posible el cambio a otro puesto, al no encontrar puesto que se adapte a las características personales del actor para llevar a cabo el desempeño de sus funciones”, y no se justifica que el actor haya de cubrir el puesto indefinidamente.*

Teniendo en cuenta la obligación derivada del art. 68.7 de la misma Ley, de que el personal que desempeñe un puesto de trabajo en adscripción provisional, de solicitar el puesto que desempeñe, así como las demás que tengan idénticas condiciones, y que la norma no establece excepciones en materia de salud laboral, el actor puede y debe participar en el concurso convocado y solicitar la plaza que ocupa temporalmente en igualdad de condiciones que el resto de participantes.

- **La mera existencia de un nombramiento de interinidad de larga duración no prejuzga que estemos ante una relación de carácter fraudulento.**

STS de 19 de noviembre de 2020, nº rec.5747/2018.

“El nombramiento de interinidad implica que el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las funciones propias del puesto hasta que se incorpore el titular o se amortice la plaza. Se está ante un nombramiento continuado y no un encadenamiento de “ sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada ”, a los que alude la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, luego no hay abuso si el cese se produce en las circunstancias antes expuestas (cf. sentencias 1202, 1428 y 1429/2020, de 24 las dos últimas de 29 de septiembre, recursos de casación 2302, 1868 y 2596/2018, respectivamente).

Más información: poderjudicial.es

- **Procesos selectivos de personal estatutario temporal: no resulta aplicable la legislación funcionarial por existir regulación específica.**

SJC-A nº 2 de Toledo nº 00195/2020.

Es objeto de impugnación la Resolución del Director de Recursos Humanos del SESCAM por la que se publica la convocatoria del proceso de actualización de méritos para el personal temporal de la bolsa de trabajo de las categorías profesionales de las instituciones sanitarias y centros asistenciales dependientes del SESCAM.

El juzgador considera que *“No es necesario acudir a la normativa supletoria, en este caso la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que, en su art. 2.4 establece que “El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley”, toda vez que en esta materia existe una regulación específica, que es la señalada por el Letrado de la Junta y que acabamos de mencionar (Decreto 89/2005)”*.

En consecuencia, asiste la razón al Letrado de la Junta cuando alega la inexistencia de infracción normativa alguna en el procedimiento de selección ni de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues del régimen jurídico que acabamos de examinar no se desprende en modo alguno que dichos porcentajes hayan de ser diferentes a los contemplados por el citado Decreto; sin que, por otro lado, sea necesario acudir a las reglas que para la valoración de la fase de concurso establece la Ley 4/2011 por cuanto que, como ya hemos señalado, el Decreto 89/2005 regula específicamente esta materia.

- **Proceso selectivo. Personal estatutario interino: permanencia en situación de servicios especiales y cómputo del tiempo transcurrido como experiencia profesional equivalente a las funciones propias de la categoría a que se concurre.**

STS 1294/2020, de 14 de octubre nº 1294/2020, rec. 6333/2018.

La cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si puede declararse a los funcionarios interinos en situación de servicios especiales y, en caso afirmativo, si cabe computar en un proceso selectivo -con carácter general y sin adentrarse en el contenido de las funciones efectivamente desempeñadas- el tiempo transcurrido en dicha situación como experiencia profesional equivalente a las funciones propias de la categoría a que se concurre.

Fue objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia recurrida en casación la resolución de la Presidenta del Tribunal Coordinador de las pruebas selectivas para la provisión de 19 plazas básicas vacantes de la categoría de Grupo Técnico de la Función Administrativa, del Servicio Canario de Salud, convocadas mediante Resolución de la Dirección General de Recursos del Servicio Canario de Salud de 3 de marzo de 2011. En la resolución recurrida se rectificaron los Anexos I y II de la Resolución del mismo Tribunal de 15 de mayo de 2014, por la que se aprueba la relación definitiva de aspirantes que han superado el concurso-oposición, resolución

que fue objeto del recurso de alzada interpuesto por doña Raquel, a la sazón participante en el citado proceso selectivo para acceder por turno libre, que había ocupado la posición número uno de la relación de aspirantes que superaron la fase de oposición. El recurso cuestionó la valoración de los méritos en la fase de concurso, y ello respecto de determinados candidatos, si bien la única a la que se refiere lo que constituye objeto de cuestión de interés casacional, son los méritos de experiencia profesional obtenidas por doña Socorro, concretamente los computados en el apartado I.A del baremo, en la situación de servicios especiales a la que doña Socorro pasó desde la condición de funcionaria interina. A resultas de la modificación de la valoración, la actora pasó a ocupar el puesto número dieciséis y, en consecuencia, no obtuvo la plaza a que aspiraba.

El TS realiza un breve recorrido por la normativa aplicable y constata que esa experiencia sí debía computarse. Recuerda así que los servicios especiales son una situación propia de los funcionarios de carrera, cuyo régimen se aplica “*en cuanto les sea adecuado*” a los interinos. Asimismo, el Estatuto Marco del Personal Estatutario prevé que el tiempo en servicios especiales deberá computarse a efectos de antigüedad y carrera. Por ello, no computar este tiempo a la aspirante en cuestión supondría una vulneración de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE).

Más información: poderjudicial.es

- **Baremación de servicios prestados en centros sanitarios privados concertados: precedente.**

STSJ Galicia de 03-02-2021, nº 52/2021, rec. 477/2019.

Está justificado que a la experiencia obtenida en centros privados concertados se le reconozca puntuación en el baremo, a diferencia de los centros privados que no lo son, porque en aquellos la cartera de servicios y la prestación sanitaria se lleva a cabo en términos similares a la de las instituciones sanitarias, además de que para la formalización del correspondiente concierto la prestación asistencial en esas instituciones privadas debe ajustarse a los criterios de calidad asistencial comunes exigibles a las de la red pública, lo cual no sucede con los centros privados.

Resulta evidente que es mayor la inspección y control que se ejerce por la autoridad sanitaria competente sobre los centros privados concertados y superior la exigencia, porque estos han de presentar un nivel de calidad asistencial homologable al de los centros públicos, mientras que para los centros sanitarios privados no concertados, si bien están sometidos a la previa autorización, sólo se les obliga al mantenimiento de forma continuada de todas las condiciones inicialmente requeridas para la prestación de los servicios sanitarios (artículo 3 del Decreto 12/2009, de 8 de enero), sin la exigencia de aquel mínimo de calidad asistencial.

En tercer lugar, hay que tener presente que el acceso al empleo en los centros públicos está regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, mientras que en el acceso a los centros privados prima el principio de libertad empresarial, por lo que es lógico que merezca mayores garantías la experiencia obtenida en los primeros.

En cuarto lugar, en la diferencia de trato entre la adquirida en centros sanitarios públicos y privados no se aprecia vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 de la Constitución española ni del principio de igualdad en el acceso a la función pública.

En este caso está justificado objetivamente el distinto trato respecto a los fisioterapeutas que prestan sus servicios por cuenta de empresas, entidades o instituciones sanitarias privadas no concertadas.

Más información: poderjudicial.es

- **Proceso selectivo especialidad de Medicina Preventiva: Valoración de servicios prestados como médico de familia.**

STSJ de Asturias, nº 332/2020 de 26 junio.

Valoración en proceso selectivo de acceso a la condición de personal estatutario fijo de la categoría de Facultativo Especialista de Área del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Especialidad Medicina Preventiva y Salud Pública) como tiempo de servicios prestados en otra especialidad médica, de los servicios prestados como médico de familia con anterioridad a la fecha de creación de la especialidad por un facultativo licenciado en Medicina.

“Habiendo desempeñado esta aspirante trabajos propios de la especialidad de Médico de Familia y Comunitaria, al margen que no tuviera la correspondiente titulación que fue regulada con posterioridad, ante este disyuntiva debe prevalecer el dato real sobre el formal como entendió el tribunal de selección con un criterio racional y proporcional asociado a la retroactividad jurídica que se comparte, frente al rigor que postula la parte demandante en la interpretación del apartado 1 e) de las bases de la convocatoria relativo a la experiencia profesional, que dice: por cada mes completo de servicios prestados en centros e instituciones sanitarias públicas de los servicios de salud de cualquier Administración Pública y sus organismos públicos así como en los distintos servicios de salud de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo, dentro de la normativa vigente de libre circulación, dentro del mismo grupo de clasificación en distinta especialidad a la que se concursa: 0,10 puntos”. El sentido de esta disposición resulta claro cuando se refiere a servicios prestados en distinta especialidad, pero también lo es que admite la integración para situaciones anteriores en las que la especialidad no existía sin que exista diferencia entre ellas con independencia del procedimiento seguido para su obtención”.

Más información: poderjudicial.es

IX.-RESPONSABILIDAD SANITARIA

Condena a Osasunbidea a indemnizar a una psiquiatra agredida por un paciente debido al incumplimiento de las medidas de prevención.

STSJ de Navarra de 04-02-2021, nº 34/2021, rec. 21/2021.

Agresión sufrida por unamédico psiquiatra a manos de uno de los pacientes que atendía. En la Unidad de Media Estancia en donde prestaba servicios, son tratados pacientes con unas características específicas y complemente determinadas. Son pacientes con trastornos mentales graves y con una sintomatología que no remite en el tiempo medio de internamiento en otras unidades. Estos pacientes, que han requerido en el último año tres o más ingresos en otras unidades de hospitalización, requieren tratamientos complejos por tiempo prolongado y presentan sintomatología severa y persistente así como una importante disfunción social o familiar, o frecuentes recaídas y/o riesgo de sufrirlas por falta de conciencia de la enfermedad o de adherencia al tratamiento.

Cuando la médico ya iba a terminar la consulta, el paciente se levantó sin previo aviso de la silla en la que estaba sentado y subiéndose encima de la mesa se abalanzó sobre la médico y aunque ésta logró retirarse hacia atrás y ponerse en pie, el paciente le agarró por detrás, pasándole un brazo alrededor del cuello y presionándole fuertemente. Los dos cayeron al suelo y mientras el paciente la mantenía agarrada con una mano del cuello y le presionaba, con la otra le golpeaba reiteradamente con su puño a ambos lados de la cabeza.

En el momento de la agresión el botón de alarma de la mesa del despacho de la demandante no estaba instalado. Desde hacía meses estaba la estructura para su instalación, pero nunca se había acabado de instalar.

En otras mesas existían esos botones, si bien la alarma sonora que accionaban había sido inutilizada debido a su mal funcionamiento, de modo que solo generaban una señal luminosa de difícil visibilidad por su situación al fondo del pasillo. Asimismo no se había realizado un plan específico de los riesgos laborales de la UME. Estaba programada su culminación para finales de 2018, pero se demoró. La planificación mencionada se realizó en marzo de 2019.

Con posterioridad a la agresión se adoptaron medidas de protección, como la instalación del botón de alarma en las mesas de los profesionales, la revisión de la alarma sonora y la entrega de pulseras de seguridad con interruptor de alarma.

Todo lo anterior *“supone un grave incumplimiento de los deberes preventivos de la empresa y a ello no puede oponerse la existencia de fuerza mayo en la causación del daño”,* y por tanto *“el Servicio Navarro de Salud es responsable civil del daño sufrido por la demandante, debiendo responder con el abono de la cantidad establecida en la instancia”.*

Más información: poderjudicial.es

- Graves secuelas por excesiva dosis de dexametasona con ocasión de una intervención quirúrgica.

STSJ de Murcia nº 2/2021 de 21 enero, nº rec. 15/2019.

La paciente fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital General Universitario Santa Lucía para reconstrucción mamaria por secuela de una mastectomía anterior. Durante el postoperatorio en el servicio de reanimación presentó somnolencia, hallándose inatenta y bradipsíquica, por lo que se le realizó TAC craneal con resultado normal.

Transcurridas 48 horas fue trasladada a planta, y el día 13 de junio presentó crisis tónico clónicas generalizadas, siendo ingresada en UCI, y realizándose nueva TAC que informó de normalidad, así como un electroencefalograma que también se le hizo. En RM cerebral se concluyó con hallazgos de *alteración de la señal cortical de ambos lóbulos frontales, ambos lóbulos parietales, occipitales y temporales, en relación con el status epiléptico de la paciente* .

El día 16 de junio de 2017 recibió el alta en UCI y se emitió informe haciendo constar que la RM podría ser compatible con PRES (encefalopatía posterior reversible). El diagnóstico principal al alta fue crisis comicial y como secundarios posible trastorno conversivo, posible encefalopatía a estudio y sobredosis iatrogénica de esteroides. Ingresó en el servicio de neurología, en el que se le practicaron distintas pruebas, siendo alta hospitalaria por mejoría el día 10 de julio de 2017, con los siguientes diagnósticos: *status epiléptico en probable relación con PRES de etiología no filiada (¿megadosis de esteroides?) y TVP de pierna izquierda en probable relación con postración prolongada y tamoxifeno*.

Queda acreditado que a la demandante se le administró por error una dosis muy elevada de dexametasona con ocasión de una intervención quirúrgica de reconstrucción de mama. A los varios días sufrió una crisis convulsiva y fue diagnóstica de estatus epiléptico por PRES.

La consecuencia del menoscabo físico y mental que padece, la lesionada está incapacitada para llevar a cabo cualquier actividad laboral, habiéndosele reconocido por el INSS la prestación por Incapacidad Permanente Absoluta.

Hubo una mala praxis, pues se administró una dosis que no estaba indicada, y no consta otro origen de la dolencia de la paciente, por lo que, prescindiendo de hipótesis y teorías, se ha de establecer también esa relación causal, y, de ello deriva la antijuridicidad del daño. Es decir, existiendo esa posibilidad, y no constando otra causa que justifique el grave daño neurológico de la demandante, y habiéndose incurrido en mala praxis en su asistencia sanitaria, ha de concluirse que el daño es atribuible al funcionamiento del servicio público, y además es antijurídico, por lo que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Más información: poderjudicial.es

- **Paciente oncológico: pérdida de oportunidad.**

STJSJ de Castilla y León, nº 146/2021 de 10 febrero.

Paciente con 72 años, una vida normal y sin "comorbilidades importantes", al que en el informe anatomopatológico se le diagnosticó la existencia de un "carcinoma urotelial papilar de alto grado de malignidad, con un alto grado de diferenciación escamosa focal e infiltración de capa muscular propia (GIII pT2)". Sin embargo, no se realizó ningún estudio de extensión del tumor, lo cual era obligado, y por lo tanto, las decisiones terapéuticas se tomaron tan solo sobre la base de un tumor T2 (con infiltración de la capa muscular), sin conocer si existía afectación ganglionar (N) o la distancia (M).

La realización del referido estudio de extensión hubiese determinado si se trataba de una enfermedad limitada a la vejiga, con afectación ganglionar, pero sin enfermedad a distancia, o con afectación de órganos a distancia, y según dichos datos, diseñar el tratamiento correspondiente.

[Más información: poderjudicial.es](http://poderjudicial.es)

X.- PRESTACIONES SANITARIAS

- **Prestaciones sanitarias a mujer embarazada por fecundación in vitro.**

STEDH de 4 de febrero de 2021.

El 27 de noviembre de 2009, la demandante celebró un contrato de trabajo con la empresa N, que tenía su sede cerca de Split, a unos 360 kilómetros del lugar de residencia de la demandante. De conformidad con el contrato, el demandante debía comenzar a trabajar a tiempo completo en tareas administrativas en Split en esa fecha por un salario mensual de 4.400 kunas croatas (HRK; aproximadamente 600 euros (EUR)).

El 11 de diciembre de 2009 se presentó la solicitud de la demandante para inscribirse en el plan de seguro médico obligatorio ante el Fondo del Seguro Médico de Croacia (*Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje*) y se registró como empleada asegurada.

El 14 de diciembre de 2009, el demandante comenzó a sentir náuseas. Su médico estableció que la fertilización *in vitro* había sido exitosa y que la demandante necesitaba reposo debido a complicaciones relacionadas con el embarazo. Por tanto, se prescribió un período de licencia por enfermedad.

El 17 de diciembre de 2009, una ecografía confirmó que la demandante estaba embarazada de gemelos.

El 28 de diciembre de 2009, la demandante presentó una solicitud de pago de compensación salarial durante su licencia por enfermedad debido a complicaciones relacionadas con el embarazo.

El 5 de enero de 2010, la oficina correspondiente del Fondo del Seguro de Enfermedad de Croacia inició de oficio una revisión del estado del seguro de enfermedad del solicitante.

El 16 de febrero de 2010, la Caja reabrió el caso relativo al seguro médico de la demandante y rechazó su solicitud de inscripción como empleada asegurada, junto con su solicitud de compensación salarial por licencia por enfermedad por complicaciones relacionadas con el embarazo. Basó su decisión en un informe pericial interno según el cual, cuando la demandante asumió su empleo en la empresa no era médicamente apta para el empleo porque se había sometido a una fecundación *in vitro* diez días antes. Por tanto, se consideró que su empleo era ficticio y tenía como único objetivo obtener ventajas pecuniarias relacionadas con la situación de las personas empleadas, incluida la compensación salarial durante su ausencia del trabajo por complicaciones relacionadas con el embarazo.

El TEDH reitera que la negativa a contratar o reconocer un beneficio laboral a una mujer embarazada por su embarazo, equivale a una discriminación directa por razón de sexo, que no puede ser justificada por los intereses económicos del Estado. El Tribunal considera que la diferencia de trato a la que había sido sometida la demandante, como mujer que había quedado embarazada mediante inseminación *in vitro*, no había sido objetivamente justificada.

Más información: hudoc.int

XI.- REINTEGROS DE GASTOS SANITARIOS

- Servicio de Salud y tercero obligado al pago: los límites previstos en la póliza del seguro obligatorio constituyen una cuestión relativa al ámbito de las relaciones privadas entre asegurador y asegurado.

-
STSJ de Galicia nº 177/2020 de 4 mayo.

La entidad aseguradora "Mapfre España, S.A." interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación de la Xunta Superior de Facenda de la reclamación económico-administrativa presentada contra la resolución de la Dirección de Recursos Económicos de la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña, que desestimó el recurso de reposición interpuesto en oposición a la facturas emitidas en concepto de gastos sanitarios derivados de la atención sanitaria prestada a personas que resultaron lesionadas cuando asistía al concierto de "O Marisquiño" .

La Sentencia destaca:

- a) El carácter obligatorio del seguro de responsabilidad civil con el que se cubrían los riesgos del evento festivo o cultural, y
- b) Que en el contrato de seguro suscrito entre la aseguradora recurrente y la empresa encargada de organizar el evento, estuviese incluido como riesgo asegurado la "*organización de eventos deportivos y culturales*".

En cuanto a la franquicia, señala que el hecho de que en la póliza de seguro se hubiese pactado una franquicia, no impide que la aseguradora, tercero obligado al pago, deba asumir la obligación indemnizatoria por el importe total de los gastos derivados de la asistencia sanitaria.

En línea con lo razonado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 2012 (Recurso: 2826/2011), los límites y demás condiciones impuestas en la póliza del seguro obligatorio constituyen una cuestión relativa al ámbito de las relaciones privadas entre asegurador y asegurado sobre la que esta Sala no puede entrar a conocer, ya que las relaciones privadas y las normas legales de cobertura de las mismas son propias de la jurisdicción civil, procediendo únicamente analizar, como se ha hecho con anterioridad, las actuaciones sujetas al Derecho Administrativo, con un resultado desestimatorio para las pretensiones de la recurrente.

Más información: poderjudicial.es

6.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

- Problemas del Covid-19 plantea en el trinomio protección de datos, transparencia y movilidad. Aportación de soluciones prácticas desde la ciencia jurídica.

Más información: lajuridica.es

- Responsabilidad civil y productos farmacéuticos.

Más información: editorialreus.es

- El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus y otras responsabilidades en el ámbito civil, penal y mercantil.

Más información: lajuridica.es

II.- Formación

DERECHO SANITARIO

- XXVII Congreso Internacional sobre Derecho y Genoma Humano" se celebrará los días 18 y 19 de mayo 2021. Podrán enviarse comunicaciones hasta el 18 de abril.

Más información: bioderecho.eu

SEGURIDAD DEL PACIENTE

- Diploma de Especialización en Calidad y Seguridad del Paciente en Instituciones Sanitarias.

Más información: easp.es

-NOTICIAS-

- Cuando un aborto se convierte en violencia obstétrica: *“El niño está muer-to. Cómo quieres que te lo explique”*.

Fuente: hipertextual.com

- Alertan de las barreras de la telemedicina para las personas vulnerables.

El Comité de Bioética de Aragón pide a Sanidad *“medidas de prevención y detección”* para evitar que se agrave el problema.

Fuente: heraldo.es

- Condenada una enfermera tras acceder *«por curiosidad»* al historial clínico de tres pacientes en Valladolid.

La mujer, penalizada con dos años y medio de prisión, consultó las historias clínicas de otra enfermera y sus hijos sin su consentimiento.

Fuente: elnortedecastilla.es

- Condenan a un odontólogo vallisoletano por ocasionar una parálisis en el mentón de una paciente.

La mujer se había sometido a un implante dental y le provocó un daño irreversible en un nervio dentario.

Fuente: elnortedecastilla.es

- Piden cinco años de prisión para una paciente por agredir a su médica en el Hospital Regional de Málaga.

Fuente: europapress.es

- Canarias y Castilla-La Mancha presentan un proyecto de innovación sobre Historia Clínica Interoperable.

Fuente: 20minutos.es

- ¿En qué comunidades hay libre elección real de médico? Así son sus normas y problemas.

A nivel nacional existe legislación que regula la libre elección en atención primaria y médico especialista, pero... ¿se puede ejercer realmente este derecho? ¿Qué normas y problemas hay en las comunidades?

Fuente: newtral.es

- El Comité Europeo de Protección de Datos pide que se restrinja el uso del futuro pasaporte de vacunación Covid para evitar abusos.

Las autoridades de supervisión temen que se convierta en un salvoconducto imprescindible para gran parte de la vida social y laboral de los ciudadanos de la UE.

Fuente: elpais.com

- El Defensor del Pueblo da la razón a una paciente e insta a vacunarla.

M.F.M. sufre una enfermedad pulmonar grave y denuncia que le han negado la vacuna en su centro de salud

Fuente: noticiasdenavarra.com

- Datos biomédicos para predecir enfermedades y personalizar la atención sanitaria al paciente.

Fuente: elespanol.com

- El paciente, el eje transformador de la sanidad.

Fuente: cincodias.elpais.com

- La privacidad del paciente, uno de los retos al que se enfrentan los proyectos de interoperabilidad del SNS.

Fuente: europapress.es

- Una comisión asesorará sobre el buen uso de los datos de salud en la Región de Murcia.

El proyecto BioDat, que patrocina la Fundación Séneca en el Centro de Estudios en Bioderecho (CEBES) de la Universidad de Murcia, tiene como objetivo generar la cultura del dato.

Fuente: orm.es

- Derechos de los pacientes.

Fuente: blogs.publico.es

- El TSJC requiere a Sanidad para que vacune a los médicos privados cántabros.

Fuente: eldiario.es

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos.

El informe la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 59, Capítulo VI de la Ley de Cohesión y Calidad del 29 de mayo de 2003 que hace referencia al registro de acontecimientos adversos, que recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 a) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, se consultó al Comité de Bioética de España acerca del fundamento bioético de las políticas de seguridad del paciente y, en concreto, sobre las principales cuestiones éticas derivadas de la implantación en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de notificación y análisis de los incidentes de seguridad con daño o eventos adversos (EA).

No obstante hay que advertir que no estamos ante un ámbito ignoto para la doctrina, como así lo atestiguan diversos trabajos anteriores (2009) elaborados tanto desde la Cátedra del prof. Romeo Casabona, como desde el SESCAM.

En este sentido véase, entre otros:

- 1.- Artículo publicado en la Revista “*Derecho y Salud*” titulado “*APRENDIZAJE A PARTIR DEL ERROR: REQUERIMIENTOS JURÍDICOS DE UN REGISTRO DE EFECTOS ADVERSOS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD*”, disponible en el siguiente enlace:

<https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-20-numero-1-2010/aprendizaje-partir-del-error-requerimientos>

- 2.- Libro “*Bases Jurídicas de un Sistema de Notificación y Registro de Sucesos Adversos en el Sistema Nacional de Salud*”. Coordinador: LARIOS RISCO, D. Ed. Comares, 2009.

- 3.- “*El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*”.

https://www.mscbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/Establecimiento_Sistema_Nacional_Notificacion.pdf

Más información: assets.comitedebioetica.es

- **Documento de Posicionamiento sobre la Proposición de Ley de Eutanasia en el Ejercicio de la Profesión.**

Documento elaborado por el Comité de Profesionalismo Médico del ICOMEM en el pasado mes de febrero, previo a la aprobación de la LO 3/2021, de 24 de marzo.

El Comité de Profesionalismo Médico del ICOMEM recomienda:

No reconocer la Eutanasia como acto médico.

Solicitar al Comité de Bioética de España un informe sobre el texto actual del Proyecto de Ley de Eutanasia.

Permitir informar sobre la posición del ICOMEM a los grupos parlamentarios y debatir con sus representantes las implicaciones de la norma para pacientes y médicos, así como las alternativas existentes.

Promover un debate social, así como dentro de las profesiones sanitarias, sobre cómo debe abordar una sociedad madura, desarrollada y compasiva el deseo de adelantar la muerte, las etapas finales de la vida y la muerte digna.

Elaborar previamente una Ley de Cuidados Paliativos y Etapas Finales de la Vida, que garantice las prestaciones sanitarias y sociales necesarias para aliviar el sufrimiento de estos pacientes y sus familiares y tener una muerte digna.

Estudiar, con la profesión médica y los pacientes, alternativas más acordes con los principios deontológicos de la Medicina.

Implementar una formación específica a los médicos y sanitarios sobre cómo abordar y tratar el sufrimiento físico y psicológico de los pacientes.

Más información: icomem.es

- **Boletín de Pediatría. Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León.**

¿Porque se ha obviado la bioética en la pandemia? *M. Sánchez Jacob.*

La bioética aplicada a la clínica es el arte de elegir la opción óptima en una situación determinada. Lo que no sea óptimo es por definición malo. Nos plantea el problema moral por antonomasia, la cuestión del deber para saber escoger la opción más correcta, teniendo en cuenta los hechos y los valores. Somos agentes morales y tenemos responsabilidad en ello. En cualquier situación hay un momento adecuado u oportuno para hacer algo (Kairós) y hay que saber aprovecharlo. La pandemia no ha afectado a todos por igual, siendo especialmente grave en las personas vulnerables por patología previa o nivel socioeconómico bajo y en los ancianos. La muerte en soledad de miles de personas es un drama que nos interroga sobre la supuesta medicina humanizada y la necesidad de cuidar a la vez o antes que curar. Ahora más que nunca es necesaria una profunda y sincera reflexión que nos permita asumir los posibles errores y tratar de enmendarlos.

Más información: sccalp.org

- **SALUD MENTAL ESPAÑA denuncia el uso de contenciones mecánicas: “Aunque yo nunca he estado enterrado vivo, considero que es una experiencia similar”.**

Testimonio:

“Hace bastantes años mientras participaba en una reunión de la comisión de salud mental del Servicio Canario de Salud, un médico psiquiatra pedía disculpas públicas porque asumía que el uso de las contenciones químicas y mecánicas se producían porque él no contaba con personal de urgencias suficiente. Yo ya lo había experimentado en otras ocasiones. Y hace tan solo unos meses yo volví a ser víctima de esta precariedad, pero lo que más me sorprendió es que todo formaba parte de un protocolo. El hecho en sí de ingresar en urgencias con una crisis de salud mental, es el detonante para que se active de manera automática el protocolo de contención. Y eso también supone que, si no hay camas en la unidad de internamiento, estarás atado tantos días seguidos en urgencias como tiempo quede para conseguir una plaza disponible en la unidad de internamiento.

Aunque yo nunca he estado enterrado vivo, considero que es una experiencia similar...”

Más información: consaludmental.org

- **Opinión de los psiquiatras sobre el tratamiento ambulatorio involuntario.**

El tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) es una forma de tratamiento obligatorio de carácter extrahospitalario aplicado en la comunidad, que pretende mejorar la adhesión al tratamiento de las personas con una enfermedad mental grave, sin conciencia de enfermedad, en los que el abandono terapéutico supone un riesgo alto de recaída, con aparición de conductas disruptivas y/o autoagresivas o heteroagresivas, hospitalizaciones repetidas y urgencias frecuentes. La aplicación del TAI no está exenta de polémica y, por tanto, la necesidad o no de su regulación legislativa en España es un tema controvertido desde hace varios años, que encuentra tanto defensores como detractores.

Más información: sanipe.es

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- El encarnizamiento médico con las mujeres. 50 intervenciones sanitarias excesivas y cómo evitarlas.

Más información: axon.es

II.- Formación

- Mesa redonda "*La revolución de la edición del genoma humano: ciencia y ética*".

19 a 22 de julio de 2021

Más información: axon.es

- Jornada virtual - Análisis de la Ley de Eutanasia. Aspectos Jurídicos y aspectos médicos.

18 de Mayo 2021, 18,30h.

Más información: comteruel.org