



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 191 JUNIO 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:

- LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. 10
- LEY 4/2021, DE 25 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES DE AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS PARA LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS DE RECUPERACIÓN. 12

Por: Vicente Lomas Hernández.
SESCAM.

3.- TRIBUNA:

- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 140/2021 DEL T.S.J. CASTILLA- .LA MANCHA CON/AD SEC.2, DICTADA EN EL RECURSO NÚM. 675 DE 2019. 14

Autora: Belén Segura García.
Letrada Coordinadora Provincial de Toledo.
Gabinete Jurídico de la JCCM.

4.- SENTENCIA PARA DEBATE:

- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO FARMACOLÓGICO DE ENFERMEDADES RARAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. 20

Por: Vicente Lomas Hernández.
SESCAM.

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

23

6.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

43

-NOTICIAS-

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

44

-BIOÉTICA y SANIDAD-

1.- CUESTIONES DE INTERÉS.

45

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

47

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN COMUNITARIA.

- REGLAMENTO (UE) 2021/953 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

europa.eu

- Decisión N.º S11 de 9 de diciembre de 2020 relativa a los procedimientos de reembolso para la aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) n.º 883/2004.

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

- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

boe.es

- Orden SND/682/2021, de 29 de junio, de declaración de medicamentos, productos y servicios sanitarios como bienes de contratación centralizada.

boe.es

- Orden SND/661/2021, de 24 de junio, por la que se crean y se establece el régimen jurídico de las Comisiones de Garantía y Evaluación de la Ciudad de Ceuta y de la Ciudad de Melilla, previstas en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

boe.es

- Resolución de 2 de junio de 2021, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se atribuye la condición de medicamento de uso humano a los antisépticos destinados al campo quirúrgico preoperatorio y a la desinfección del punto de inyección.

boe.es

- Resolución de 4 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19.

boe.es

- Resolución de 10 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre modificación de la declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19.

boe.es

- Resolución de 2 de junio de 2021, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se atribuye la condición de medicamento de uso humano a los antisépticos destinados al campo quirúrgico preoperatorio y a la desinfección del punto de inyección.

boe.es

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

CASTILLA-LA MANCHA.

- Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación.

boe.es

- Decreto 59/2021, de 25 de mayo, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Regional de Ciencia y Tecnología de Castilla-La Mancha.

docm.es

- Decreto 73/2021, de 15 de junio, por el que se modifica el Decreto 55/2021, de 8 de mayo, sobre medidas de prevención y control necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

docm.es

- Decreto 75/2021, de 22 de junio, por el que se crea y regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Castilla La-Mancha prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

docm.es

- Decreto 72/2021, de 15 de junio, de ordenación de las estructuras organizativas y gestión coordinada de las actuaciones de humanización de la asistencia sanitaria y sociosanitaria de Castilla-La Mancha.

docm.es

- Orden 95/2021, de 15 de junio, de la Consejería de Sanidad, de la Comisión de Seguimiento del Plan de Salud de Castilla-La Mancha.

docm.es

- Resolución de 22/06/2021, de la Consejería de Sanidad, por la que se nombra a las personas integrantes de la Comisión de Garantía y Evaluación de Castilla La-Mancha prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

docm.es

- Resolución de 21/06/2021, de la Dirección-Gerencia, por la que se modifica la Resolución de 21/10/2019, de delegación de competencias.

docm.es

ASTURIAS

- Resolución de 17 de mayo de 2021, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se autoriza y dispone el gasto y se reconoce la obligación para la devolución de aquellas aportaciones realizadas por adquisición de productos farmacéuticos que superen los límites máximos establecidos legalmente.

bopa.es

PAÍS VASCO

- Decreto 145/2021, de 25 de mayo, de creación de la Comisión de Garantía y Evaluación en materia de eutanasia de Euskadi.

bopv.es

- Acuerdo de 12 de abril de 2021, del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por el que se crea la Comisión Corporativa de medicamentos peligrosos.

bopv.es

MADRID

- Acuerdo de 26 de mayo de 2021, de resolución del convenio entre la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, el Servicio Madrileño de Salud y la Asociación Solidarios para el Desarrollo para facilitar el acompañamiento de los pacientes durante su hospitalización en hospitales del Servicio Madrileño de Salud.

bocm.es

MURCIA

- Orden de la Consejería de Salud, por la que se crea y regula el Régimen Jurídico, composición, organización y funciones de la Comisión Regional de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir en la Región de Murcia.

borm.es

- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se aprueba la Instrucción 2/2021 que determina las actuaciones a seguir por parte de su personal en la gestión del acceso directo o a través de representante de los usuarios a los servicios telemáticos asistenciales del Servicio Murciano de Salud.

borm.es

ARAGÓN

- Orden SAN/616/2021, de 19 de mayo, mediante la que se publica el Acuerdo de 7 de abril de 2021, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo de 4 de diciembre de 2020 alcanzado entre el Servicio Aragonés de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, por el que se modifica el Acuerdo entre el Servicio Aragonés de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, en materia de carrera profesional.

boa.es

- Orden SAN/617/2021, de 19 de mayo, mediante la que se publica el Acuerdo de 7 de abril de 2021, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo de 8 de mayo de 2020 alcanzado entre el Servicio Aragonés de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, por el que se modifica el Acuerdo entre el Servicio Aragonés de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, en materia de carrera profesional.

boa.es

- Orden SAN/671/2021, de 7 de junio, por la que se crea la Comisión de Garantía y Evaluación del Derecho a la Prestación de Ayuda para Morir de la Comunidad Autónoma de Aragón.

boa.es

CANTABRIA

- Orden SAN/22/2021, de 21 de junio, por la que se crean y regulan la Comisión de Garantía y Evaluación del Derecho a la Prestación de Ayuda para Morir y el Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

boc.es

- Resolución sobre organización asistencial, desinfección, prevención y acondicionamiento de la actividad desarrollada por los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

boc.es

LA RIOJA

- Decreto 38/2021, de 8 de junio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público del personal estatutario del Servicio Riojano de Salud para el año 2021.

bor.es

- Decreto 42/2021, de 25 de junio, por el que se crean la Comisión de garantía y evaluación de La Rioja y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la prestación sanitaria de ayuda médica para morir.

bor.es

- Orden SAL/28/2021, de 1 de junio, por la que se aprueba la plantilla orgánica correspondiente a los órganos de dirección del Servicio Riojano de Salud.

bor.es

EXTREMADURA

- Resolución de 14 de junio de 2021, de la Dirección Gerencia, por la que se aprueba la política de privacidad y seguridad de la información del Servicio Extremeño de Salud.

doe.es

CANARIAS

- Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

boc.es

- Decreto 67/2021, de 23 de junio, por el que se crea la Comisión de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir de Canarias y se aprueba su reglamento.

boc.es

GALICIA

- Orden de 7 de junio de 2021 por la que se regulan las modalidades de los nombramientos de personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia.

dog.es

ANDALUCÍA

- Decreto 181/2021, de 15 de junio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2021 de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

boja.es

- Acuerdo de 8 de junio de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se toma conocimiento de la Estrategia de Cáncer en Andalucía.

boja.es

CASTILLA Y LEÓN

- Decreto 15/2021, de 24 de junio, por el que se crea la Comisión de Garantía y Evaluación prevista en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia, en la Comunidad de Castilla y León.

bocyl.es

- Orden SAN/724/2021, de 8 de junio, por la que se crean, amortizan y modifican demarcaciones asistenciales médicas y de enfermería en Castilla y León.

bocyl.es

VALENCIA

- Decreto 82/2021, de 18 de junio, del Consell, de creación de la Comisión de Garantía y Evaluación de la Comunitat Valenciana, prevista en la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

dogv.es

CATALUÑA.

- Decreto Ley 13/2021, de 22 de junio, por el que se regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, en desarrollo de la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

dogc.es

NAVARRA

- Ley Foral 10/2021, de 18 de junio, por la que se regula el derecho al cribado neonatal ampliado en Navarra.

bon.es

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

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

I. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, establece en los artículos 15 y 16 las siguientes obligaciones que afectan directamente a los profesionales sanitarios

“Artículo 15. Deber de comunicación de la ciudadanía.

Toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise.

Artículo 16. Deber de comunicación cualificado.

1. El deber de comunicación previsto en el artículo anterior es especialmente exigible a aquellas personas que por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los mismos.

*En todo caso, se consideran incluidos en este supuesto **el personal cualificado de los centros sanitarios**, de los centros escolares, de los centros de deporte y ocio, de los centros de protección a la infancia y de responsabilidad penal de menores, centros de acogida de asilo y atención humanitaria de los establecimientos en los que residan habitualmente o temporalmente personas menores de edad y de los servicios sociales.*

*2. Cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior tuvieran conocimiento o advirtieran indicios de la existencia de una posible situación de violencia de una persona menor de edad, **deberán comunicarlo de forma inmediata a los servicios sociales competentes.***

*Además, cuando de dicha violencia pudiera resultar que la salud o la seguridad del niño, niña o adolescente se encontrase amenazada, **deberán comunicarlo de forma inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y/o al Ministerio Fiscal.***

3. Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 adviertan una posible infracción de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad, deberán comunicarlo de forma inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos.

4. En todo caso, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán prestar a la víctima la atención inmediata que precise, facilitar toda la información de que dispongan, así como prestar su máxima colaboración a las autoridades competentes.

A estos efectos, las administraciones públicas competentes establecerán mecanismos adecuados para la comunicación de sospecha de casos de personas menores de edad víctimas de violencia.”

Asimismo la Ley encomienda a las administraciones sanitarias la realización de actuaciones para la promoción del buen trato a la infancia y la adolescencia, así como para la prevención y detección precoz de la violencia, que se complementa con la elaboración de dos tipos de protocolos:

a) Protocolo común de actuación sanitaria de la Comisión frente a la violencia en los niños, niñas y adolescentes, que evalúe y proponga las medidas necesarias para la correcta aplicación de la ley y cualesquiera otras medidas que se estimen precisas para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de la violencia.

Dicho protocolo debe ser aplicado por todos los centros y servicios sanitarios, en los que se preste asistencia sanitaria a una persona menor de edad como consecuencia de cualquier tipo de violencia.

b) Protocolos específicos de actuación de las administraciones sanitarias en el ámbito de sus competencias.

Para finalizar, destacar la modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS), en el sentido de atribuir al Ministerio de Sanidad (antes era el Ministerio de Educación), la expedición de los títulos de especialista en Ciencias de la Salud.

II. LEY 4/2021, DE 25 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES DE AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS PARA LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS DE RECUPERACIÓN.

Por su relevancia e impacto en el ámbito sanitario regional cabría destacar las siguientes novedades:

1. **Medidas de agilización de los convenios y de contratación pública** para la realización de actividades de interés general vinculadas a la ejecución de proyectos y actuaciones financiadas con fondos europeos (Capítulos II y III de la Ley).

2. **Otras medidas con incidencia en el SESCOG:**

1. Disposición final tercera Modificación del Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, del procedimiento de movilidad voluntaria, por el sistema de concurso de traslados, del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Uno. El apartado 6 del artículo 3 queda redactado en los siguientes términos:

«6. Finalizado el plazo de presentación de solicitudes, los participantes no podrán modificar la relación de plazas solicitadas».

Dos. El artículo 7 queda modificado como sigue:

«Artículo 7 Cese y toma de posesión.

1. El personal que haya obtenido plaza en el concurso deberá cesar en la que, en su caso, desempeñe en los términos que se establezca en la resolución definitiva de adjudicación.

2. El plazo para tomar posesión en el nuevo destino será de tres días hábiles siguientes al del cese si la plaza desempeñada y la adjudicada son de la misma provincia; quince días hábiles si pertenecen a distinta provincia, o un mes si la plaza desempeñada corresponde a otro servicio de salud.

Cuando del procedimiento de movilidad se derive cambio en el servicio de salud de destino, el plazo de toma de posesión será de un mes a contar desde el día siguiente al del cese en el destino anterior, que deberá tener lugar en los tres días hábiles siguientes a la notificación o publicación del nuevo destino adjudicado.

3. A estos efectos, se entenderá por plaza desempeñada la efectivamente ocupada, con independencia de que sea en condición de destino definitivo, adscripción, destino provisional o comisión de servicios. No dispondrán de ninguno de los plazos posesorios señalados los adjudicatarios y adjudicatarias de plaza en el concurso que ya viniesen ocupando plaza con carácter definitivo, comisión de servicios o reingreso provisional en el mismo centro de destino.

4. En caso de que la adjudicación de plaza suponga el reingreso al servicio activo, el plazo de toma de posesión será de un mes, a contar desde el día siguiente al de la publicación de la resolución definitiva del concurso».

2. Disposición final octava Modificación de la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El apartado f) del artículo 10.1 queda redactado en los siguientes términos:

«f) Los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a ocho mil euros»

3. Disposición final novena Modificación de la Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa.

Se incluye un nuevo procedimiento en el anexo I.A), *«Procedimientos con silencio administrativo desestimatorio y plazo de resolución igual o inferior a seis meses»*, con la siguiente redacción:

“Prestación de servicios en régimen de teletrabajo por el personal funcionario al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”.

4. Disposición final decimosexta Modificación de la Ley 11/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos 38 / 39 Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2021

Se modifica el apartado e) del artículo 21, que queda con la siguiente redacción:

«e) A la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, además de las competencias asignadas en la letra d), las siguientes:

1º. La autorización de gastos para el pago de productos farmacéuticos procedentes de recetas médicas, para el pago de productos farmacéuticos imputables al capítulo 2, «Gastos en bienes corrientes y servicios», así como para el pago de material sanitario, hasta un importe de 20.000.000,00 de euros.

2º. La autorización de gastos para operaciones corrientes consignados en el citado organismo autónomo, al margen de los indicados en el párrafo 1º, hasta un importe de 5.000.000,00 de euros».

3. TRIBUNA.

- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 140/2021 DEL T.S.J. CASTILLA- .LA MANCHA CON/AD SEC.2, DICTADA EN EL RECURSO NÚM. 675 DE 2019.

Belén Segura García
Letrada Coordinadora Provincial de Toledo
Gabinete Jurídico de la JCCM

Con fecha veintiocho de junio de dos mil veintiuno la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ha dictado la sentencia número 140/2021, en la que se resuelven en sentido desestimatorio tres pretensiones articuladas por la parte actora, personal estatutario temporal del Sescam, que ha ostentado de forma sucesiva diversos nombramientos temporales en esta Administración Sanitaria, al amparo de lo prevenido en el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

I) ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES SOMETIDAS A LA CONSIDERACIÓN DE LA SALA.

La parte reclamante, facultativo del Sescam, que tiene un nombramiento estatutario de interinidad desde el año 2006, precedido de diversos nombramientos estatutarios temporales tanto de sustitución como de carácter eventual, considera que concurre abuso en el empleo de la contratación temporal en sus nombramientos por lo que considera que en aplicación de la normativa comunitaria y de la doctrina del TJUE, le asistirían una serie de derechos cuyo reconocimiento interesa y se concretan en los siguientes:

- A. Que se le abonen las retribuciones fijas, los trienios y los complementos atrasados, en idénticas condiciones y cuantías que los percibidos por los Facultativos fijos, aplicando el principio de no discriminación y el plazo prescriptivo correspondiente;
- B. Supresión de la discriminación existente, entre el colectivo de interinos y fijos para la provisión de vacantes interesando que la antigüedad en el desempeño de funciones sea el único mérito a valorar para la provisión de vacantes y sustituciones.
- C. Que se reconozca al solicitante la condición de personal estatutario fijo con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los Facultativos fijos.

Presentada solicitud de reconocimiento de estos derechos en vía administrativa, se dictó resolución desestimatoria, por el titular de la Gerencia en la que presta sus servicios, formalizando recurso contencioso-administrativo frente a dicha resolución administrativa, por el cauce del Procedimiento Ordinario.

II) PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

Abordaremos a continuación los razonamientos de la sentencia que conducen al fallo desestimatorio, respetando el orden de exposición seguido en la sentencia, pero anticipando que la cuestión jurídica de más relevancia, por su trascendencia y carácter novedoso es la que expone en el último apartado.

A. Sobre la petición de abono de las retribuciones fijas, los trienios y los complementos atrasados, en idénticas condiciones y cuantías que los percibidos por los Facultativos fijos, aplicando el principio de no discriminación y el plazo prescriptivo correspondiente.

En relación con esta petición el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha recuerda como ya existen pronunciamientos del mismo órgano judicial que en aplicación de la doctrina del TJUE ha reconocido la equiparación del personal estatutario fijo y el personal estatutario temporal en orden al percibo de la retribución por antigüedad a través de los trienios y de los derechos derivados de la carrera profesional, por lo que a falta de mayor concreción sobre las retribuciones salariales en relación con las cuales se invoca la concurrencia de discriminación salarial, concluye que nada puede resolver la Sala.

B. Sobre la supresión de la discriminación existente, entre el colectivo de interinos y fijos para la provisión de vacantes interesando que la antigüedad en el desempeño de funciones sea el único mérito a valorar para la provisión de vacantes y sustituciones.

Ante esta petición tan amplia y genérica en la que aparentemente la parte actora incluye distintos supuestos que abarcarían tanto los sistemas de selección de personal estatutario fijo y de selección de personal estatutario temporal, como los sistemas de provisión de puestos de trabajo de personal estatutario a través de mecanismos como la convocatoria de puestos para su cobertura a través del sistema de libre designación, concurso de traslados, comisión de servicios o promoción interna temporal, con distinto régimen jurídico y diversa valoración de méritos por la Administración sanitaria autonómica, el Tribunal en el fundamento jurídico tercero de la sentencia pone de relieve la imprecisión de la parte demandante en la petición que formula que le impide decidir.

No obstante, en este mismo fundamento jurídico se **expone el criterio de la Sala sobre la posible participación por el personal estatutario temporal en los concursos de traslados y provisión de puestos de trabajo a través de los sistemas de concurso o de libre designación, afirmando que debe restringirse esta posibilidad exclusivamente al personal estatutario fijo.**

En relación con la provisión de puestos de trabajo por concurso o por libre designación declara el Tribunal Superior de Justicia, recordando su reciente **sentencia dictada en el recurso de apelación 15/2019**, que el personal estatutario temporal no puede participar en dichos procesos.

En efecto, esta última sentencia excluye la posibilidad de que el personal estatutario temporal acceda a los puestos de trabajo objeto de provisión a través de los mecanismos mencionados previstos en el Real Decreto-Ley 1/1999, (vigente con valor transitorio y rango reglamentario), manifestando, que **permitir participar al personal temporal en un procedimiento de provisión de puestos de libre designación, en competencia con el personal estatutario fijo no solo es manifiestamente ilegal, sino que da lugar a un nombramiento nulo de pleno derecho en virtud del art. 47.1.f de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común en base a las siguientes consideraciones:**

1ª) La propia naturaleza del personal temporal entra en liza con la posibilidad de que acceda, por los procesos de provisión, a puestos diferentes de aquellos para los que fue nombrado, ya que si bien el personal fijo puede acceder, mediante los sistemas de provisión, a diferentes puestos de trabajo porque pertenece a un cuerpo, escala o categoría; quien es nombrado para un puesto temporalmente, tiene como única vinculación con la Administración dicho nombramiento y, por tanto, carece de otro vínculo subyacente que le permita acceder, desde dicho puesto a otros.

2ª) De la lectura de los artículos 2.3 y 78 del EBEP, aplicables al personal estatutario y en tanto otra norma con rango de ley no los exceptúe, se desprende que los procesos de provisión, tanto mediante el concurso como mediante la libre designación, comprenden solamente a los funcionarios públicos de carrera, por lo que aplicando esta previsión al ámbito estatutario se habría de concluir que sólo el personal estatutario fijo puede participar en estos mecanismos de provisión.

3ª) No hay ninguna disposición normativa que reconozca al personal estatutario temporal el derecho a participar en estos sistemas de provisión de puestos de trabajo, en concurrencia con el personal estatutario fijo.

4ª) No existe un tertius genus entre el personal estatutario temporal y el personal estatutario fijo, que justifique la provisión de un puesto de Jefatura por personal estatutario temporal, por lo que este tipo de provisión genera una situación contra legem.

5ª) 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 justificaría una equiparación entre personal estatutario fijo y personal estatutario temporal para la participación en los controvertidos procedimientos de provisión ya que la Directiva admite la existencia de personal temporal y fijo, y parte de una aceptación de que existen diferencias entre la relación indefinida y la temporal, inherentes a la coexistencia de relaciones de servicio por tiempo indefinido y de duración determinada, diferencias que no pueden estar cubiertas por la prohibición de discriminación recogida en el Acuerdo Marco, “so pena de eliminar cualquier diferencia entre estas dos categorías de relaciones de servicio”.

Por ello, si al nombrado personal temporal para una necesidad determinada pasa a nombrarse personal indefinido en otra función se desvirtuaría por completo la razón del nombramiento y la Directiva no obliga al disfrute de un supuesto derecho que desvirtúe el carácter temporal del nombramiento y la razón de ser que lo motivó.

6º) La circunstancia de ser personal estatutario temporal de larga duración no excluye la obligación de aplicar las leyes nacionales, que en este caso restringen la participación en procesos de provisión de puestos por concurso o libre designación a personal estatutario fijo.

C. Sobre la petición de reconocimiento a la solicitante de la condición de personal estatutario fijo con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los Facultativos fijos.

Esta pretensión que se articula en la demanda en tercer lugar y como reconoce la Sala, es el núcleo de lo pedido.

La interesada sustenta en su escrito de recurso, que ha existido un abuso en su contratación temporal en los diversos nombramientos estatutarios temporales que han sustentado su relación de prestación de servicios con el Sescam por lo que alega que en aplicación de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE y de la jurisprudencia del TJUE que la interpreta se debería reconocer su condición de “personal estatutario fijo con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los Facultativos fijos”.

Entiende la Sala que la actora en definitiva interesa, que se la declare funcionaria de carrera, por considerar que el personal estatutario fijo es funcionario de carrera, como se desprendería del art. 1 del Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003 en relación con el art. 2.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Para la resolución de la cuestión planteada, la Sala partiendo de que la interesada considera que el derecho que hace valer en esta litis proviene de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, y de la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, sintetiza y resume la Doctrina de la STJUE de 19 de marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18), y la expuesta por el mismo Tribunal en la sentencia de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, párrafos 78 a 87) y otras varias, en los siguientes puntos:

“1.- La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional.

2.- Una disposición del Derecho de la Unión de esta índole, carente de efecto directo, no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria.

3.- Por consiguiente, un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.

4.- *Es cierto que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. La exigencia de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, puesto que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen.*

5.- *Ahora bien, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional.*

6.- *El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. De modo que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva.*

7.- *Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal se presta a una interpretación que sea conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco.”*

La sentencia 140/2021, no entra en el análisis y valoración de los distintos nombramientos temporales que ha ostentado la interesada de forma sucesiva, pero sí valora para este caso concreto la trascendencia que tiene que la Administración Sanitaria haya convocado sucesivos procesos selectivos para el acceso a la adquisición de la condición de personal estatutario fijo, en la categoría estatutaria correspondiente a la demandante.

Una vez expuesta la Doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, y descendiendo al caso concreto la Sala concluye que para el supuesto de que se entrase en la valoración de la posible concurrencia de fraude en la contratación de personal estatutario temporal y se resolviese afirmativamente esta cuestión, valoración en la que como hemos mencionado anteriormente, no ha entrado el Tribunal en este caso concreto, el órgano judicial carecería de cualquier posibilidad de interpretar la legislación vigente para transformar a un funcionario temporal en funcionario de carrera, sin que aquél hubiese superado las pruebas que se exige superar al funcionario de carrera para adquirir su condición y recuerda como estas pruebas selectivas estuvieron a disposición de la interesada, como se acreditó en autos por la Administración demandada, sin que la misma se presentase a las mismas, o se presentase, objetivando el nivel de mérito y capacidad exigido para el acceso.

Para llegar a esta conclusión razona la Sala, que el sistema español de acceso a la función pública como funcionario de carrera se basa en la realización de ciertas pruebas específicamente diseñadas a tal fin, en las que se reclama un nivel mínimo demostrado de capacidad, recordando específicamente como el art. 62 del EBEP señala como primer requisito para obtener tal condición la “Superación del proceso selectivo” y justifica como sería contrario a los principios de mérito, capacidad e igualdad consagrados por la Constitución el que las consecuencias fueran las mismas, en relación con el acceso a la condición de funcionario de carrera, en nuestro caso, personal estatutario fijo para quien ha superado un proceso selectivo como para quien no lo ha superado.

A la imposibilidad legal de acceder a la pretensión de la recurrente, por los motivos expuestos, añade el Tribunal, la imposibilidad constitucional de que se designe directamente como funcionarios de carrera a los funcionarios interinos que viene de la mano de la jurisprudencia constitucional, que imposibilita cualquier convocatoria restringida a los interinos o cualquier valoración excesiva o desproporcionada de los méritos del interino frente a terceros que sin tener esta condición, tratan de acceder superando las pruebas selectivas correspondientes.

En esta línea trae a colación la Sala, la reciente **Sentencia 38/2021, de 18 de febrero de 2021, del Pleno del Tribunal Constitucional**, que ha declarado la inconstitucionalidad de una ley autonómica que, justificando el elevado nivel de interinidad en el empleo en su Comunidad, establecía un turno diferenciado de acceso para quienes acreditasen un mínimo de 8 años de antigüedad en la administración convocante. Pese a que en el proceso constitucional la Administración invocó expresamente ante el alto órgano, a favor de la medida, la Directiva 1999/70/CE y la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103 y C-429718), el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma.

Expone finalmente el Tribunal que de la doctrina del TJUE se puede concluir que las medidas establecidas en la legislación española para limitar el abuso de la temporalidad entre las que se encontrarían la convocatoria de pruebas selectivas, dentro de unos plazos determinados, desde que una plaza se cubre temporalmente, o la necesidad de crear una plaza si se comprueba que las necesidades son permanentes, serían suficientes solo con que la Administración cumpliera estrictamente con la Ley. A ello añade que, según el propio TJUE, ante eventuales incumplimientos de estas disposiciones normativas por la Administración, no se podría exigir del Juez que dictase una sentencia contra legem -o incluso contra constitutionem, - declarando sin más que el funcionario temporal pasa a ser funcionario de carrera, aclarando que **“una cosa es que el Estado esté obligado por la Directiva 1999/70/CE a lograr ciertos objetivos, y otra muy distinta que deban ser los Tribunales quienes provean a cumplir dicha obligación en la forma que pretende la demandante cuando las leyes vigentes no permiten lo que se pretende,**” motivo por el cual desestima el recurso contencioso-administrativo planteado.

4. SENTENCIA PARA DEBATE.

- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO FARMACOLÓGICO DE ENFERMEDADES RARAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Vicente Lomas Hernández.
Doctor en Derecho.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del SESCAM.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 1616/2021 de 13 de abril, se ha pronunciado sobre petición realizada por los padres de un menor diagnosticado de enfermedad de Duchenne, que solicitaban el suministro del medicamento Ataluren, petición que fue denegada por el centro hospitalario, y posteriormente revocada por resolución judicial por entender que se produciría vulneración del principio de igualdad.

La distrofia muscular de Duchenne es una enfermedad degenerativa de origen genético rara y grave que produce debilidad muscular y atrofia hasta provocar la muerte prematura y está causada por la mutación de un gen de la distrofia. En el caso del paciente menor de edad presenta una mutación de las denominadas “sin sentido” presentes en el 13 o 15 % de los pacientes.

Actualmente la enfermedad no tiene cura y ante la falta de evidencia científica de Ataluren o la Agencia Española del Medicamento el mes de mayo de 2017 emitió un informe de posicionamiento terapéutico negativo y se ha negado repetidamente la asignación de precio y financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud

La negativa de la Administración a suministrar el medicamento solicitado se motiva en la inexistencia de suficientes datos clínicos que avalen el uso terapéutico del Ataluren para el recurrente, y sin que ninguno de los cuatro pacientes afectados por esta enfermedad que actualmente reciben este tratamiento en Cataluña se encuentren en su misma situación.

La sentencia apelada considera, siguiendo el razonamiento empleado en varias sentencias por el TSJ de Murcia a las que se hará mención más adelante, que la decisión adoptada de no tramitar la solicitud de autorización para suministrar el medicamento en base a informes emitidos por distintas instituciones a nivel estatal y autonómico, unido al hecho de que el medicamento no está disponible en la lista de medicamentos de la sanidad pública, habría ocasionado una vulneración del principio de igualdad por discriminación.

Por el contrario la Sala no aprecia que se haya producido vulneración alguna de dicho principio, porque lo que se prohíbe es la discriminación pero no la diferencia de trato cuando está basado en una justificación, y en este caso habría que diferenciar entre lo que es el acceso a los medicamentos en situaciones especiales regulada en el Real Decreto 1015/2009 (que incluye el uso compasivo), de lo que es el acceso a medicamentos en el marco de un ensayo clínico.

“En este caso queda acreditado que ninguno de los cuatro antecedentes existentes en Cataluña guardan relación con el supuesto de autos ya que este se refiere a un caso de acceso individualizado al medicamento para uso compasivo al margen de un ensayo clínico; y además se trata de autorizaciones que fueron acordadas en el año 2015 cuando aún estaba vigente la primera autorización condicional del medicamento por la EMA y la incertidumbre sobre la eficacia del medicamento era mucho mayor que en la actualidad dado que ahora después de dos ensayos clínicos continúa sin demostrarse su eficacia”.

Por lo que respecta a los pacientes afectados por esta misma patología del resto del Estado que reciben este mismo medicamento, no se toma en consideración este alegato debido a que de los 47 casos existentes, según la AEMPS *“No se ha producido una comparativa, no hay información de qué tipo de pacientes se trata ni en qué condiciones y circunstancias se han otorgado tales autorizaciones, informe de las circunstancias de cada uno de los pacientes que toman Atalureno o que se le haya prescrito dicho medicamento en la que se pueda basar la eventual discriminación, y por ende la vulneración del derecho a la igualdad”*

SEGUNDO.- Sobre este mismo asunto ya se pronunció el TSJ de Murcia en sentencia analizada en el Boletín 171/2019, pag nº 6 en un sentido totalmente distinto y ante una petición idéntica:

https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20191014/171_septiembre.pdf

Más recientemente este mismo Tribunal en **sentencia nº 224/21, de 27 de abril**, ha estimado el recurso contencioso interpuesto por los padres de un paciente menor de edad contra el Acuerdo de la Comisión de Farmacia y Terapéutica de la Región de Murcia de la Consejería de Sanidad de 21 de junio de 2019 por la que se emite informe desfavorable a la solicitud formulada por el hospital de utilización de Velmanasa alfa.

El hijo de los recurrentes padece una enfermedad ultra- rara (está presente en 1 de cada 500.000 nacimientos vivos, habiendo actualmente seis personas diagnosticadas de esta enfermedad, de ahí que esté catalogada como enfermedad ultra-rara) causada por una mutación del gen ubicado en el cromosoma 19.

Para controlar las manifestaciones no neurológicas de los pacientes con formas leves o moderadas de esta enfermedad se aprobó por Agencia Europea del Medicamento un tratamiento enzimático sustitutivo, denominado Velmanasa Alfa - Lamzede en su denominación comercial- y autorizada su comercialización en la Unión Europea por decisión de la Comisión Europea de 23 de mayo de 2018, bajo *"circunstancias excepcionales"*.

En España dicho medicamento no está comercializado, ni tiene resolución acerca de su financiación pública, aunque se estuvo suministrando en España inicialmente, como ensayo y posteriormente, como uso compasivo, entre el 2014 a 2018.

La indiciada Comisión decidió informar desfavorablemente, y por tanto no autorizar su uso, por entender que tras una valoración de la clínica y otros aspectos descritos en la información disponible no habría un beneficio para los pacientes.

La Sala estima el recurso de los padres invocando precisamente el principio de igualdad, y los argumentos recogidos en la **STSJ 456/2019, de 19 de julio**, *“pues queda acreditado que dicho medicamento es suministrado tanto en Madrid como en la Andalucía a través de la vía del medicamento extranjero, a pacientes con esta enfermedad, con financiación de aquellas Comunidades Autónomas, siendo que los pacientes que son tratados con esta han retrasado el progreso de la enfermedad”*.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c9d98dbafb2fa7c/20210507>

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

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

I.- PERSONAL.

- Funcionario liberado sindical que asesora jurídicamente al sindicato: no hay una segunda actividad privada susceptible de declaración de incompatibilidad, sino una única actividad sindical.

STS de 4 Noviembre 2020.

No resulta aplicable el art. 16.4 de la Ley 53/1984 al personal al servicio de la Administración Pública liberado sindical a jornada completa que presta servicios en desarrollo de su actividad sindical cuando desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados. No obstante hay un matiz importante y es que en este caso la interesada no había percibido por su actuación de asesoramiento jurídico ninguna retribución, ni del sindicato al que pertenece, ni de los afiliados a los que ha defendido, por lo que no se podría hablar de una actividad retribuida por quienes reciben la asistencia jurídica.

La interesada era liberada sindical a tiempo completo de la Asociación de Funcionarios de la Administración Pública Navarra (AFAPNA) y, como Técnica de Administración Pública (Rama Jurídica) de la Administración Foral destinada en el Servicio Navarro de Salud

La sentencia del Juzgado desestimó su recurso porque el título que se tuvo en cuenta para que accediera al puesto que desempeña fue el de Licenciada en Derecho, de manera que no puede ejercer esa profesión fuera del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Para la recurrente en casación, la compatibilidad declarada por la sentencia de apelación genera una situación de conflicto con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea pues, de un lado, la recurrente ha de cumplir con objetividad su tarea de informar las reclamaciones que se dirijan contra éste y, del otro, asesorará al sindicato y a sus afiliados en materias que chocan con el criterio de la Administración que ella misma en sede burocrática --u otro técnico de su misma categoría-- ha ayudado a formalizar y proponer ante el órgano resolutorio.

El Alto Tribunal considera inaplicable el ya mencionado art. 16.4 (compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas), porque:

- a) En este caso no habría un beneficio particular para quien la realiza y
- b) Además, no entra en conflicto con los intereses públicos que fundamentan las incompatibilidades.

No obstante el TS admite que pueda existir conflicto pues

“Ciertamente, tiene vedado actuar en los asuntos en que haya podido intervenir como empleada pública antes de ser liberada sindical”, aunque a continuación añade “pero no se ha dicho que esto haya sucedido ni que haya infringido alguno de los deberes que impone el Estatuto Básico del Empleado Público a los representantes sindicales”.

Más información: poderjudicial.es

- **Proceso selectivo: no procede la valoración como servicios prestados en centros sanitarios el tiempo de servicios en residencia geriátrica privada.**

STSJ Extremadura (Contencioso), nº 54/2020 de 9 de junio, nº rec. 26/2020.

La recurrente participó en la convocatoria para la constitución de la bolsa de Trabajo en la categoría de enfermero para unidades de especiales características de esta categoría, para la selección y cobertura de las plazas básicas de personal estatutario temporal en las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud, habiendo trabajado previamente en la residencia geriátrica "Virgen de la Montaña II de Cáceres de titularidad privada.

Para la Sala:

“Los centros geriátricos puedan ser considerados como instituciones sanitarias siempre que se inserten en un sistema general y organizado, es decir, la red pública de residencias de la tercera edad donde prestara servicios la recurrente.

Las residencias de la tercera edad de titularidad privada son organizaciones no sanitarias que prestan servicios sanitarios pero que no pueden ser valorados en el caso que nos ocupa por no ser de titularidad pública”.

Más información: poderjudicial.es

- **Proceso selectivo: turno de discapacidad es un turno separado.**

STSJ Aragón nº 128/2020 de 18 de mayo, rec. 428/2018.

Las personas con discapacidad tienen que someterse al proceso selectivo y han de superarlo con el mínimo establecido en la convocatoria. Sin embargo, para ser definitivamente nombrados, el resultado de sus calificaciones únicamente tiene que ser contrastado con el que hayan obtenido los aspirantes que hayan acudido al proceso selectivo a través del mismo cupo de plazas reservadas.

Las propias bases demuestran que el cupo de discapacitados es un turno separado, al disponer que las plazas sin cubrir de dicho cupo se acumularan a las del sistema general de acceso libre.

Más información: poderjudicial.es

- No existencia de abuso en el caso de interino de larga duración por la cobertura de necesidades permanentes.

STSJ de Castilla-La Mancha nº 10095/2020, nº rec. 295/2018.

Motivos:

a) Desde una perspectiva estrictamente de Derecho nacional, sin atención, ahora, a la normativa y jurisprudencia comunitarias, no podemos sino concluir que esta situación no hizo sino beneficiar a la recurrente. De hecho, no son pocos los pleitos que esta Sala ha podido examinar donde los interinos pretenden justamente anular la convocatoria de procesos selectivos que podrían poner fin a la situación de temporalidad para impedir que, al cubrirse las plazas por titulares, se les desplace.

b) Desde el punto de vista de la cláusula 5.1 del acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, el caso de autos no responde al supuesto propio de la misma, dado que no ha existido “*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*”, ya que solo ha existido una única relación y un único nombramiento.

A continuación la Sala analiza las diferencias entre la situación del personal eventual con nombramientos sucesivos, y la del personal interino estatutario, para constatar que no son equiparables:

“Así, comparando al personal estatutario eventual objeto de una sucesión de contratos abusivos, con casos como el de la interesada, de un interino cuyo nombramiento se prolonga anormalmente, observamos al menos las siguientes diferencias relevantes de tipo material:

-En el caso del eventual, se cubren con contratos temporales necesidades estructurales, generando con cada contrato una falsa y fraudulenta apariencia de temporalidad cuando en realidad se trata de necesidades permanentes. En el caso del interino no hay fraude ni creación de falsas apariencias respecto del carácter permanente de las necesidades a cubrir, pues justamentese le nombra para plaza existente y cubierta presupuestariamente; si bien luego hay, desde luego, una indebida prolongación; pero la situación no es idéntica.

-La situación del eventual objeto de abuso en los nombramientos es de muchísima más precariedad que la del interino. En el primer caso el trabajador (utilizado este término en sentido amplio) ve como cada mes (por ejemplo) es cesado al cumplirse el término del nombramiento, dependiendo de la mera voluntad del empleador para la firma de un nuevo contrato para proseguir la prestación de servicios, pudiendo permanecer incluso años en esta situación reiterada de inaceptable precariedad e incertidumbre, en una situación en la que el empleador -pese a ser Administración pública-se sitúa en una posición próxima a la explotación laboral, manteniendo al trabajador sujeto a la decisión de renovarlo o no mensualmente -o por otros períodos-cuando debería haberlo contratado de manera indefinida. Nada que ver con lo anterior es la situación del interino, que sabe que no puede ser cesado mientras no se produzca el hecho expresamente previsto en su nombramiento.

Sobre la inexistencia del derecho del personal estatutario interino al percibo de una indemnización, manifiesta que no resulta aplicable a este colectivo el derecho a la indemnización que le asiste al trabajador laboral indefinido, al que se le extingue su contrato por causas sobrevenidas no previstas:

“el trabajador laboral indefinido al que se extingue su contrato por causas objetivas ve frustradas sus legítimas expectativas de duración, extinguiéndose el contrato por causas sobrevenidas no previstas, el trabajador interino conoce desde el principio cuál será la razón del cese y el cese se produce según lo previsto en el nombramiento.) la STJUE 22 enero 2020 (C-177/18) confirma idéntico criterio, basado en que el cese del interino se produce por una causa prevista en el mismo y por tanto previsible desde el inicio, a diferencia de la extinción por causas objetivas del contrato laboral indefinido. En fin, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020, cas. 5801/17, confirma este criterio.

Cabría analizar esta misma pretensión desde la perspectiva de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anejo a la Directiva 1999/70. perspectiva de la cláusula 5.1, y a este respecto El TJUE ha declarado que corresponde al Juez nacional valorar si constituye una medida adecuada para prevenir y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal (STJUE 19 marzo 2020). De modo que la cuestión. permanece abierta. Por su parte el Tribunal Supremo, en dos sentencias de 26 de septiembre de 2018, ha señalado que es aplicable al caso la institución de la responsabilidad patrimonial y también ha sugerido la posibilidad de una indemnización por la vía del art. 7.2 Cc.

Ahora bien, todo ello se plantea en el marco diseñado por la cláusula 5.1, esto es, en el caso de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada; y, como ya hemos señalado en el fundamento anterior, tal no es el caso de autos”.

Más información: poderjudicial.es

- Derecho a la libranza del lunes tras la realización de la guardia del sábado.

STSJ de Castilla y León nº 499/2020 de 26 mayo.

Acreditado que el apelante no ha descansado en el lunes siguiente a la realización de guardias de presencia física realizadas en sábado, y no habiendo probado la Administración sanitaria que descansos compensatorios ha disfrutado ni en qué periodo, así como tampoco que concurren circunstancias objetivas, técnicas o de organización del trabajo que justificasen el establecimiento de un periodo mínimo de descanso de 24 horas, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de instancia, reconociendo el derecho del recurrente al descanso semanal continuado de 36 horas mediante la libranza el lunes siguiente a la guardia de presencia física realizada en sábado o, en su caso, en las mismas condiciones que aquellos a quienes se les reconoce la libranza, en tanto no concurren circunstancias que justifiquen su limitación a un periodo mínimo de 24 horas.

Más información: poderjudicial.es

- Funciones y categorías profesionales diferentes: conductores y celadores.

STSJ de Baleares, de 14 de octubre nº 00484/2020.

Las Administraciones Públicas pueden asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen y sin merma en las retribuciones (art. 73.2 EBEP), pero no la atribución en bloque de las correspondientes a una categoría o grupo distinto y que son exorbitantes a los propias de aquellos para los que fue nombrado.

Los recurrentes pertenecientes a categoría profesional de conductores, consideraban que no debían asumir las funciones propias de las que hasta entonces era otra categoría distinta (celadores).

La cuestión litigiosa queda centrada en determinar si la administración sanitaria puede agregar a los empleados con la categoría de conductor/a, las funciones de los empleados con categoría celador/celadora.

La Sala analiza el alcance de la potestad organizativa de la Administración para alterar las funciones de sus empleados, lo que sería factible “pero siempre que guarden relación con las que eran propias de la categoría del afectado”. Y añade “*No obstante, cuando la asignación de nuevas funciones se realiza “en bloque”, esto es, imponiendo forzosamente todas las de otra categoría profesional, sustituyendo o agregándolas a las propias de la categoría para las que fue nombrado el empleado, se produce un exceso que arrastra vulneración del art. 72, 2º EBEP. Y para el caso de los recurrentes, del art. 17.1.a) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*

En este caso no se respeta la mencionada regla, pues “*...en lugar de atribuir estas nuevas funciones relacionadas con las propias del nombramiento, se agregan en bloque las de otra categoría profesional (celadores/as), con lo que se incorporan unas que resultan inadecuadas a la clasificación, grado o categoría.*

Concretamente, se agregan todas las descritas en el art. 14, 2º del Estatuto de personal no sanitario al servicio de las instituciones de la seguridad social aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971. Dicha Orden recoge a los conductores en grupo y categoría diferente de los celadores. Los primeros en el grupo de personal de oficio y los segundos en el grupo de personal subalterno.”

Más información: poderjudicial.es

- **Complemento retributivo por turnicidad. No se acredita la existencia de turnos de trabajo.**

SJC-A nº de Toledo, nº 00220/2020, de 4 de noviembre.

El juzgador aplica el criterio fijado en la STS de 21 de julio de 2020 para desestimar la pretensión consistente en el percibo del complemento por turnicidad, pues:

“No se acredita la ocupación sucesiva por el personal auxiliar de enfermería de las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado incluido el rotatorio, ni la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo de días o de semanas, antes al contrario, consta que los viernes por la tarde no se presta servicio de consultas externas de oftalmología y por ello, en su horario laboral de tarde, se las adscribe a la realización de otras tareas propias del personal auxiliar de enfermería”.

Distinto es el parecer en el caso de la enfermería que desarrolla su trabajo en la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario conforme a la **SJC-A nº 2 de Albacete nº 00024/202, de 27 de enero.**

En este otro caso sí se acreditó la ocupación sucesiva por el personal de enfermería de las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado incluido el rotatorio así como la necesidad de realizar el trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo de días o de semanas, constando autorizada esa organización del servicio en turnos de 24 horas tal y como así expresamente lo admite la resolución que es objeto de impugnación.

- **Derecho de la trabajadora al percibo del complemento de atención continuada durante los períodos de adecuación del puesto de trabajo por razón del embarazo.**

STS núm. 845/2021, de 14 de junio.

Fija la siguiente doctrina de interés casacional:

“Durante los períodos de adecuación del puesto de trabajo de personal estatutario de los servicios de salud, por situación de riesgo derivado del estado de embarazo de la trabajadora, que conlleven la medida de no realización de jornada complementaria por atención continuada, se mantiene, no obstante, el derecho de la trabajadora a la percepción de complemento de atención continuada, que deberá ser proporcional al que venía percibiendo antes de la adaptación del puesto de trabajo y mantenerse durante todo el período que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo”.

Más información: poderjudicial.es

II.- CONTRATACIÓN PÚBLICA.

- Las convocatorias públicas de la Administración para la selección del medicamento que debe ser dispensado por las oficinas de farmacia no tiene naturaleza contractual.

STS nº 852/2021 de 15 de junio rec. 8337/2019.

El TS declara que el procedimiento que determina los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y que se realizará mediante convocatorias públicas para la selección del medicamento, atendiendo al menor coste final de la prescripción, que luego deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se presente una receta médica u orden de dispensación, no tiene naturaleza contractual, pues no estamos ante la formalización del contrato de suministro entre el laboratorio y la Administración, en virtud del cual el primero deba proveer de medicamentos a la segunda que se obliga al pago de un precio.

Para llegar a esa conclusión, téngase en cuenta que:

1. El farmacéutico es quien adquiere los medicamentos que suministra el laboratorio, sin perjuicio de la repercusión de la financiación pública del precio del medicamento, que es una cuestión distinta y ajena al sistema de convocatoria pública. De modo que no se produce el característico intercambio patrimonial entre las partes que comporta la formalización de un contrato administrativo.
2. El sistema de convocatoria pública respeta la libre competencia entre los diferentes laboratorios que tienen medicamentos con los mismos principios activos, siempre, naturalmente que se garantice el abastecimiento por elementales y poderosas razones de interés general. Estamos ante la acción de la Administración que comporta medidas de intervención en materia de sanidad, en concreto, respecto de la prestación farmacéutica, mediante el uso racional y adecuado de los medicamentos, cuya intensidad en este sector resulta proporcionada a los derechos y bienes jurídicos que se protegen.

Más información: poderjudicial.es

- Las relaciones entre la Administración sanitaria y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos por el pago de la receta médica no tienen carácter contractual.

STSJ Comunidad Valenciana nº 225/2021, de 3 de mayo, nº rec. 12/2019.

El objeto del recurso lo constituye el examen de la legalidad del Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consell por el que se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación.

Uno de los argumentos empleados en el recurso es que el Decreto es nulo al contravenir la Ley de Contratos del Sector Público, al haberle otorgado el carácter de concierto cuando en realidad nos encontramos ante un Decreto que tiene naturaleza contractual, y al no haber incluido a otros Colegios Profesionales supone una clara discriminación, pues deberían haber tenido participación.

El Tribunal no comparte este criterio, pues *“El concierto no crea esa obligación de dispensa, ni tampoco genera en el asegurado el derecho a recibir el medicamento que se le ha recetado por el personal sanitario competente del Servicio de Salud. Su derecho dimana del artículo 10.14 de la Ley General de Sanidad y del artículo 91.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015. En fin, no nace del concierto la obligación de la Generalidad Valenciana de financiar el gasto farmacéutico no satisfecho por los asegurados ya que deriva de los artículos 78 y siguientes de la Ley General de Sanidad y demás preceptos concordantes.*

No establece, por tanto, el concierto una relación bilateral de la que nazcan las obligaciones correspondientes para la Generalidad Valenciana y para los Colegios Oficiales de Farmacéuticos ni puede hablarse, por tanto, de una operación comercial entre esa Administración y las corporaciones profesionales que suscribieron el concierto”.

Por tanto las relaciones entre ambas partes no revisten carácter contractual, pues *“el concierto solamente establece un mecanismo mediante el que la Generalidad Valenciana satisface a los Colegios las facturaciones mensuales de las oficinas de farmacia relativas a la parte del precio de los medicamentos dispensados que no satisfacen los asegurados. Dicho de otro modo, canaliza la financiación pública de los medicamentos que es uno de los elementos distintivos del Sistema Nacional de Salud que descansa en la Ley General de Sanidad pero, ciertamente, esa vía o procedimiento no supone la entrega de bienes ni de contraprestaciones de empresas a la Administración pues, como se acaba de decir, las oficinas de farmacia están obligadas legalmente --es decir, al margen del concierto-- a dispensar los medicamentos a los asegurados que presenten las recetas en forma y a cobrarles la parte de su precio que deben soportar y la Administración debe sufragar --también al margen del concierto-- la parte del precio de los medicamentos que los asegurados no pagan”.*

Más información: poderjudicial.es

- Contratación del Suministro de vacuna neumocócica conjugada 13 valente y vacuna frente al meningococo serogrupo B.

STSJ Comunidad Valenciana nº 333/2021, de 27 de junio, rec. 482/2017.

Es objeto de recurso contencioso administrativo la Resolución dictada el 31 de julio 2017 del Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana por la que se acuerda adjudicar la contratación del Suministro de vacuna neumocócica conjugada 13 valente y vacuna frente al meningococo serogrupo B, destinadas a los programas de vacunación infantil y de adulto".

Se invoca la improcedente utilización del procedimiento negociado por exclusividad, derivada de la existencia de una alternativa razonable al "Prevenar 13" similar en sus indicaciones , eficacia terapéutica y pautas de vacunación, entendiéndose que existiendo otras vacunas autorizadas la administración está obligada a recurrir a un procedimiento que asegure la concurrencia competitiva, y la necesidad del fraccionamiento en lotes.

El recurso es desestimado:

“Ante la constatación de las diferencias entre ambas vacunas, tanto en su composición como en su utilidad terapéutica, resulta mas que justificado la no división en Lotes ya que ambas no son iguales no pudiendo aplicarse Prevenar a un niño vacunado en años anteriores con Synflorix, no existiendo ninguna documentación que acredite la compatibilidad entre ambas vacunas”.

Más información: poderjudicial.es

III.- TRANSPARENCIA.

- Significado de “comunicaciones internas” de la Administración a efectos de acceso a la información.

STJUE (Sala Primera) de 20 de enero de 2021.

“El artículo 4, apartado 1, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «comunicaciones internas» incluye toda la información que circule en el seno de una autoridad pública y que, en la fecha de la solicitud de acceso, no haya abandonado la esfera interna de esta autoridad, en su caso tras su recepción por dicha autoridad y siempre que no haya sido o no debiera haber sido puesta a disposición del público antes de esta recepción”.

En la legislación nacional el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, permite inadmitir a trámite las solicitudes de acceso a la información pública que se refieran a “comunicaciones internas”.

Más información: eur-lex.europa.eu

IV.- PROFESIONES SANITARIAS

- Las anotaciones en la hoja de enfermería deben realizarse conforme transcurren los acontecimientos y no como un informe posterior.

SAP de Madrid de 3 de marzo de 2020.

La cuestión radicaba en valorar si los síntomas reveladores de la complicación que desembocó en el fallecimiento del paciente se iniciaron a partir de las 23:00h, como expuso el esposo de la fallecida, o, por el contrario, comenzaron a las 02:30 y después, a las 03:15, la dificultad respiratoria, como lo expresa la enfermera en la Hoja de Enfermería, y a la que se le atribuye una actuación negligente por no haber llamado al médico de urgencia.

El Tribunal considera que el valor probatorio de la Hoja de Enfermería es fundamental solo si se elabora según van transcurriendo los acontecimientos y no como una declaración o informe posterior, conteniendo todas y cada una de las actuaciones realizadas por el equipo de enfermería.

Sin embargo, en el caso de autos, la ausencia de expresión en el documento de cada una de las actuaciones realizadas, así como las imprecisiones e insuficiencias que presenta la Hoja de Enfermería sobre todo lo ocurrido desde el traslado a planta de la paciente hasta la llamada al médico de urgencias, reduce mucho su credibilidad.

Ante estas irregularidades la Sala considera que *“tras constatarse las imprecisiones e insuficiencias de la Hoja de Enfermería sobre todo lo ocurrido desde el traslado a planta de la paciente hasta la llamada a la Médico de Urgencias, y teniendo en cuenta lo declarado en la Vista del Juicio por el Perito de la parte actora sobre que la versión del Sr. Jose Augusto " cuadra más con el Informe de la autopsia", consideramos que los hechos realmente ocurrieron en la forma referida por el demandante, al menos en lo relativo a las llamadas a Enfermería”*.

Más información: poderjudicial.es

V.- LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL.

- El personal sanitario no tiene derecho a 10 minutos antes de la comida y otros 10 antes de terminar para su aseo personal.

STSJ del País Vasco nº 1649/2020, de 15 de diciembre.

Para el Tribunal no es lógico ni jurídico reconocer al personal sanitario el derecho a 10 minutos antes de la comida, y otros 10 antes de terminar para su aseo personal porque de ser así, se llegaría al absurdo de que cada vez que el personal sanitario toca algo o a alguien que de seguido requiera el oportuno aseo, a éste habría que dedicarle siempre 10 minutos, lo que implicaría que el tiempo dedicado a la higiene a lo largo de la jornada sumaría varias horas.

Asimismo no cabría aplicar el mismo criterio que el seguido respecto de esta misma situación con el personal de centros geriátricos, ya que éstos últimos son “*trabajadores que podían y debían asearse a lo largo de la jornada cuantas veces fuera necesario o lo creyeran conveniente y, sin embargo, en base al art. 7.2 del Real Decreto 664/1997, se les reconoció el derecho a que se computara como jornada de trabajo 10 minutos antes de la comida si la jornada era partida y en todo caso 10 minutos al finalizar la jornada, con el fin de dedicar dicho tiempo al aseo.*

La norma es la misma y las circunstancias también lo parecen, pero el Tribunal no va a aplicar automáticamente aquel criterio al presente caso, puesto que las condiciones del ambiente laboral son profundamente diferentes en uno y otro caso.

Los trabajadores de las residencias de la tercera edad están en contacto habitual con fluidos corporales que requieren higiene frecuente. Pero no tienen contacto con agentes biológicos, salvo casos excepcionales de personas que padezcan enfermedades infecciosas o contagiosas.

Pudiera parecer que si el derecho fue reconocido a los trabajadores de las residencias, con mayor motivo habría de ser reconocido al personal sanitario. Pero ni la actividad es la misma ni el tipo de personal es el mismo”.

También se le niega a este colectivo de trabajadores que el hospital esté en la obligación de poner a su disposición una doble taquilla, una para la ropa y efectos personales, y otra para los equipos de protección que emplean en el trabajo.

“No ha quedado probado que los trabajadores se vean obligados a depositar en una sola taquilla su ropa y efectos personales con la ropa y los equipos de protección que emplean en el trabajo. Al contrario, todo el material desechable se debe depositar en bolsas específicas y todo el material reutilizable que precise ser limpiado cuantas veces sea necesario tampoco ha de ser depositado en la taquilla.”

Más información: poderjudicial.es

- Los capellanes de los centros sanitarios no tienen la condición de personal laboral del SERGAS.

STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2021 nº rec 3281/2020

La Sentencia se pronuncia sobre la situación laboral de los capellanes que prestan servicios en los centros sanitarios públicos.

En este caso los demandantes:

- a) Vienen prestando sus servicios en el Complejo Hospitalario Universitario de Ourense como capellanes a tiempo completo a excepción de don Hermenegildo que lo hace a tiempo parcial.
- b) Todos ellos llevan bata blanca, se les hace entrega de pijama y lencería para la cama;
- c) disponen de tarjeta de identificativa y móvil corporativo;

- d) tienen capilla, utilizan dos habitaciones en las que tienen soporte informático y todo ello facilitado por el Hospital;
- e) hacen uso del aparcamiento como cualquier empleado y desayunan, comen y cenan en el comedor del personal de guardia el hospital a cargo de la Institución.
- f) Están sometidos a los horarios y organización Hospitalaria, teniendo correo SERGAS y acceso a la intranet Sergas denominada "fides", y siendo llamados desde planta, centralita, por enfermeras o médicos para atender las necesidades del servicio.
- g) Las vacaciones las solicitan los demandantes a la Dirección del Hospital, siéndoles reconocidos los servicios prestados en el ámbito del Sergas.

En atención a estas circunstancias lo que pretenden es que se reconozca que la relación entre el SERGAS y los actores sea de naturaleza laboral; en cambio el TSJ considera que estamos ante un supuesto de "cesión legal" de trabajadores, sin que pueda hablarse en puridad de una relación de dependencia entre el SERGAS y los capellanes, ya que:

- 1) *"La designación y el cese de los capellanes se hace por el Obispado (cláusula 5ª); y*
- 2) *cuando la asistencia religiosa esté a cargo de varios capellanes, el Obispado nombrará un moderador, con las funciones de interlocutor ante la gerencia del hospital, fijar los horarios, días de descanso y vacaciones, así como promover la programación anual y la evaluación periódica de las actividades (cláusula 5ª).*

Y por lo que se refiere al resto de elementos que caracterizan la relación laboral (ajenidad, dependencia, etc.), en particular la prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, esto es, el trabajo que se realiza bajo las órdenes e instrucciones de otra persona, dentro de su ámbito de organización y dirección, debe atenderse a la particularidad de los servicios prestados por los capellanes, de ahí la habilitación normativa, que permite a las partes concretar en el acuerdo o convenio de que se trate las particularidades de la asistencia religiosa católica, permitiendo dedicar a su actividad pastoral un tiempo equiparable al del personal sanitario (cláusula 8ª), otorgando derecho a descanso semanal y vacaciones (cláusula 8ª), siendo el SERGAS el que debe facilitar los medios necesarios para desempeñar su labor (cláusula 9ª).

Es decir, que el poder de dirección del empresario se limita a:

- 1) *El Servicio de asistencia religiosa católico depende únicamente de la Dirección de Área en lo referente a la disciplina y organización porque deben responder las normas de funcionamiento interno, al igual que otro colectivo ajeno que desenvuelve su actividad en el mismo;*
- 2) *la Dirección de Área está obligada por el convenio a facilitar al servicio de Asistencia religiosa los recursos materiales necesarios (capilla, despachos y equipos informáticos, lugar para pernoctar...) para el desempeño de la actividad, justo a lo que obliga el art. 2 de la Orden de 1985, cuyo art. 2 exige "un servicio u organización para prestar la asistencia religiosa, católica y atención pastoral a los pacientes católicos del centro. Este servicio estará también abierto a los demás pacientes que, libre y espontáneamente, lo soliciten"; y*

3) es la Diócesis la que procede a darles de alta en la Seguridad Social y a abonar las cuotas de la Seguridad Social que previamente le ingresa el Servicio Galego de Saúde conforme al convenio”.

A lo anterior téngase en cuenta el carácter marcadamente limitado de la potestad organizativa del SERGAS respecto de la prestación de servicios tan específicos como los que corresponde a este colectivo, que no encuentran encaje con la actividad principal que es propia de un centro asistencial:

“...habida cuenta la particularidad del servicio prestado, resulta evidente que el SERGAS se encuentra limitado a la hora de dirigir y controlar la actividad laboral, ya que según la Orden de 20 de diciembre de 1985: 1) La asistencia religiosa católica se prestará en todo caso con el debido respeto a la libertad religiosa y de conciencia y su contenido será conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre Libertad Religiosa (EDL 1980/3742) (art. 1.1); 2) la asistencia religiosa católica en los Hospitales militares y penitenciarios queda igualmente garantizada y se regirá por sus normas específicas (art. 1.1), en este caso el acuerdo que nos ocupa, cuya cláusula 3ª establece las actividades a realizar. Porque, como afirma el magistrado de instancia, la actividad que realizan los actores es una actividad pastoral a la cual es ajena totalmente el SERGAS, pues ni coincide con la propia (la aconfesionalidad del Estado así lo impide) ni puede impartir órdenes y directrices en su ejecución, algo que solo cumple el Obispo...”

Más información: poderjudicial.es

VI.- SALUD LABORAL

- **Indemnización a un estudiante que en sus prácticas de enfermería se contagió de hepatitis C al pincharse cuando extraía sangre de un paciente.**

SAP de Zaragoza, nº 960/2020, de 27 de noviembre, nº de rec. 830/2020.

El demandante, alumno en prácticas de enfermería, fue a pinchar la vena de un paciente para realizar una extracción de sangre y al retirar la aguja se pinchó, cuando iba a poner algodón en el orificio de la punción. Como consecuencia de dicho accidente solicitó indemnización de daños y perjuicios por contagiarse del virus de la hepatitis C.

La práctica de la punción era propia del curso académico en el que se encontraba, y por tanto de realización obligatoria para la obtención del título. Asimismo se le había hecho entrega de una documentación informativa de riesgos específicos, en los que constaba el propio manejo de jeringuillas.

Para la Sala *“el pinchazo no fue fruto de la inexperiencia, sino de la concreta extracción. Cualquier sanitario está expuesto, tenga la experiencia que tenga (testificales). Igual se hubiera pinchado con independencia de que el paciente fuera o no infeccioso”*.

Respecto a que se le debería haber advertido de que se trataba de un paciente infeccioso, el Tribunal responde señalando que *“en su desarrollo profesional - obviamente- no podría negarse a extracciones de pacientes con cargas infecciosas. De hecho, la infección se detecta precisamente con el análisis que exige la previa extracción.*

Tampoco se desprende de los documentos relativos a las prácticas que existan prohibiciones concretas y precisas. De hecho, el profesional sanitario ha de estar avezado al trato con todo tipo de patologías. Siempre y en la medida de su formación y especialización”.

En este caso tan sólo se estima la existencia de daño moral, debido a que la falta de custodia de una muestra de sangre de la fuente infecciosa (el paciente) que hubiera adelantado el tratamiento, sí pudo añadir un plus de ansiedad al entorno general del "pinchazo". El genotipo se averiguó casi un año después, causando una incertidumbre que tiene el pinchazo como causa relevante, por lo que se le indemniza con 6.000 euros.

Más información: poderjudicial.es

VII.- REINTEGROS DE GASTOS

- La intervención quirúrgica programada por obesidad mórbida consistente en gastrectomía vertical en la sanidad privada no genera derecho al reintegro de gastos.

SJS nº 2 de Toledo nº 00086/2021, de 1 de marzo.

El juzgador no aprecia la existencia de una situación de urgencia vital, sino de un supuesto de abandono voluntario del sistema de salud público que no estuvo justificado por una situación de necesidad urgente e inaplazable, sino por la consideración de la demandante de que la asistencia médica que precisaba iba a ser prestada con mayor celeridad en el ámbito privado.

A estos efectos cobra especial importancia el hecho añadido consistente en que la intervención que se practicó a la demandante en el centro privado fue programada, es decir, no se trató, por tanto, de una intervención inmediata a la solicitud de prestación de asistencia, que no admitiese demora alguna.

VIII.- MEDICAMENTOS

- **Compromisos medioambientales como criterios de adjudicación:** han de cualificar las ofertas propuestas y no los requisitos de los licitadores.

Resolución 365/2021, de 9 de abril, del TACRCT

El Servicio Murciano de Salud publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 30 de noviembre de 2020, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento basado en acuerdo marco con tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato de suministro de somatropina inyectable, con un valor estimado que asciende a 8.079.577 euros.

La Resolución estima parcialmente el recurso interpuesto anulando la cláusula 8.3.1, apartado A.3, “Políticas de gestión medioambiental”, con retroacción al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“Se valorará positivamente que la empresa disponga de un sistema de gestión medioambiental en la que se acrediten compromisos medioambientales, que dispongan de un sistema estructurado y reconocible de gestión que abarque planificación de las actividades, las responsabilidades, las prácticas, los procesos, los procedimientos, productos y recursos para desarrollar y llevar a efecto sus compromisos en materia de protección ambiental, prácticas, hábitos y medidas que pueden abarcar ámbitos como la reducción progresiva de residuos, utilizar racionalmente los recursos naturales y energéticos, la utilización de productos respetuosos con el Medio Ambiente como pueden ser los envases, actuar con criterios de transparencia, manteniendo una relación de cooperación con las autoridades, basar sus líneas de investigación en modelos sostenibles y responsables con el medioambiente, etc”

Sobre la admisibilidad de este tipo de criterios de adjudicación el tribunal administrativo establece que *“cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental de la empresa, no estamos ante la valoración de características de la prestación en sí misma considerada de modo que permita una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato y ello porque estos requisitos no repercuten de tal modo en el resultado de la concreta prestación, en su calidad intrínseca, ya que se predicen de la empresa y no de la oferta o propuesta que el licitador formalice. Los criterios de adjudicación han de cualificar las ofertas propuestas y no los requisitos de los licitadores. El disponer de políticas de gestión medioambiental viene referido en la cláusula impugnada a las condiciones subjetivas de los licitadores, requisitos que cualificarían subjetivamente al licitador pero que no se encuentran vinculadas ni cualifican directamente el concreto objeto de la prestación contratada.”*

Más información: hacienda.gob.es

- **Realización de ensayos clínicos con fines lucrativos sin autorización administrativa.**

STSJ de Murcia núm. 133/2021 de 18 marzo.

Denuncia sobre terapia celular no autorizada - que tiene la consideración de medicamento- a un niño afectado por un daño neurológico, al que se le ofrecía un tratamiento innovador con células madre; la propuesta de tratamiento era realizada por un instituto clínico y el tratamiento se realizaría en el hospital por el especialista en hematología.

El hospital pagaba sus honorarios a Dña. Margarita, 3.600 € por paciente e intervención, por su labor de remisión, una vez liquidado por el paciente el precio, y siempre antes de la intervención. En el precio de intervención estaba incluido el tiempo de quirófano, material necesario, alquiler de maquinaria si fuese necesario, servicios médicos,

estancia hospitalaria (1 noche), pruebas previas a la intervención necesarias como radiología (1), hemograma (1) y resonancia (1). En caso de necesitar más pruebas el paciente debería abonarlas.

Así pues se realizaban ensayos clínicos sin la previa autorización administrativa, y por la realización de los ensayos clínicos se cobraba un precio por paciente. Ciertamente, utilizaba para la aplicación de la técnica no autorizada los servicios de un facultativo, a cambio también de un precio, pero ello no constituye obstáculo alguno para concluir que en el Hospital de Molina se llevaban a cabo esos ensayos clínicos, sin perjuicio de la responsabilidad en que también incurría el profesional médico.

Más información: poderjudicial.es

IX.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- **Revisión de oficio de disposiciones reglamentarias: legitimación, facultades del órgano judicial, y límites.**

STS nº1636/2020, de 1 de diciembre.

La acción de nulidad contra las normas reglamentarias (artículo 102.2 de la Ley 30/1992) no puede ser instada por los particulares interesados, a diferencia de la revisión contra los actos administrativos nulos (artículo 102.1 de la misma Ley) que puede obedecer a la iniciativa de la propia Administración o a solicitud del interesado.

El Sescam inadmitió la solicitud de revisión de oficio respecto a determinados preceptos del Decreto 62/2007, de 22 de mayo; sin embargo el TSJ de Castilla-La Mancha reconoció legitimación a los particulares (personal estatutario del SESCAM) para instar la revisión de oficio del Decreto autonómico por el que se regula el sistema de carrera profesional de personal estatutario sanitario de FP y de Gestión y Servicios, por entender que al solicitar la revisión de oficio de los actos dictados en aplicación del referido Decreto «no cabe disociar o entender la impugnación de las resoluciones indicadas sin afectación indirecta, al menos, de la Disposición General aludida, pues, aquéllas derivan de ésta».

Es decir, para el TSJ se podría trasladar a estos efectos el mismo esquema que rige para la impugnación indirecta de disposiciones generales.

Así pues el TS deja sin efecto la declaración de nulidad del Decreto 62/2007, sin perjuicio de que la Administración prosiga la tramitación del procedimiento de revisión de oficio del Decreto 62/2007, en los términos dispuestos en el art. 106.2 LPAC.

Por tanto:

i) *“El art. 106.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no otorga legitimación a los interesados para ejercer una acción de nulidad dirigida a obtener la declaración de revisión de oficio de disposiciones generales”.*

Asimismo el Alto Tribunal, en relación con el alcance de la anulación judicial de la actuación administrativa en los procedimientos de revisión de oficio, y de los límites que impone el artículo 110 de la Ley 39/2015, fija la siguiente doctrina legal:

“ii) en un caso como el que examinamos, en que la Administración inadmite la revisión de oficio de actos administrativos, por haber rechazado en el fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, la estimación del recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión de inadmisión no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, para su tramitación posterior ante la propia Administración, sino que el Tribunal podrá entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea;

iii) los límites que a la revisión de actos nulos de pleno Derecho impone el artículo 110 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, se refieren únicamente a la declaración de nulidad propiamente dicha y no autorizan a conservar efectos de actos cuya nulidad ha sido correctamente declarada”.

Más información: poderjudicial.es

- Proceso selectivo: no cabe subsanar la documentación que no se aportó en plazo.

STSJ Aragón de 3 Diciembre 2019.

Es objeto del presente procedimiento la impugnación de la Orden de la Consejera de Sanidad de 24 de julio de 2018 que resuelve el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 2 de abril de 2018 de la Dirección Gerencia del Salud que aprueba la relación definitiva de participantes que han superado el proceso selectivo convocado por resolución de 31 de marzo de 2015 para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de conductor de los centros de Salud.

“Si bien cabe solicitar y aportar con posterioridad al momento fijado en las bases (que son ley del concurso) complementos o aclaraciones de la documentación acreditativa, lo ineludible es presentar inicialmente alguna justificación. Es decir, se permite subsanar la acreditación de méritos, pero hace falta que haya habido una mínima aunque defectuosa acreditación. Si es inexistente no hay nada que subsanar”.

Más información: poderjudicial.es

X.- PROTECCIÓN DE DATOS

- Número especial de la Sociedad Española de Informática de la Salud (SEIS) sobre seguridad y protección de datos en tiempos de pandemia.

Se facilita el enlace al nº especial de la Revista de la SEIS.

Más información: seis.es

- El acceso a los datos personales por el monitor de un ensayo clínico.

Gabinete Jurídico de la AEPD N/REF: 0038/2021.

Se analiza la base legitimadora del monitor para acceder a las bases de datos de los centros (historia clínica), desde la perspectiva de la normativa de protección de datos personales (artículo 6 y 9 del RGPD).

En cuanto encargado del tratamiento del promotor, la base jurídica aplicable a los tratamientos de datos personales que realice el monitor será la misma que la del promotor. En el presente caso, siendo la monitorización una obligación impuesta al promotor por el Reglamento (UE) 536/2014, la misma será la contemplada en el artículo 6.1.c) del RGPD: “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.

El acceso por parte del monitor a los datos de la historia clínica se hace por cuenta del promotor y no del centro, debiendo firmarse el contrato de encargo de tratamiento únicamente con el promotor y no con el centro, sin perjuicio de que este último, en cuanto responsable del tratamiento de la historia clínica, deba establecer todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales, como puede ser un deber de confidencialidad de conformidad con el artículo 32 del RGPD.

De lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

El promotor es responsable el tratamiento de los datos para la finalidad de realización de los ensayos clínicos con medicamentos debiendo tomar decisiones sobre los fines y los medios en los términos de las previsiones del Reglamento (UE) 536/2014 y del Real Decreto 1090/2015 que se han expuesto. Previsiones que son específicamente aplicables en relación con las referencias que para esta modalidad de investigación recoge el artículo 16.3 de la LAP cuando contempla los usos de la historia clínica con fines de investigación.

El monitor es un encargado del tratamiento para la realización de las actividades de monitorización por cuenta del promotor.

El centro sanitario es responsable del tratamiento de datos de la historia clínica en los términos establecidos en la LAP y normativa autonómica reguladora de esta materia con las finalidades previstas en dicha normativa; salvo en lo relativo a los usos de la misma para fines de investigación sanitaria en la modalidad de ensayos clínicos que, como se ha señalado, se rigen por los términos previstos en el Real Decreto de ensayos clínicos con medicamentos. Conforme a las previsiones de esta norma, su intervención como responsable del tratamiento se circunscribe a la autorización para el acceso a la historia clínica del sujeto del ensayo por parte del personal contratado por terceros, como es el caso del monitor o la CRO. Acceso que puede articularse por medio un documento distinto de un contrato y de la figura del encargado del tratamiento, en el que se establezcan las garantías específicas para el desempeño de sus funciones.

Más información: aepd.es

- **Novedades Centros de Estudio de Consumo (CESCO).** El Tribunal Supremo y la Agencia Española de Protección de Datos: criterio sobre accesos ilegítimos a la historia clínica y el derecho del afectado a conocer la identidad del infractor.

Marzo 2021.

El Tribunal Supremo -STS de 25-09-2020, nº 476/2020, rec 366/2019-, y la Agencia Española de Protección de Datos después - Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD nº de ref 0003/2021- han analizado desde perspectivas distintas cuestiones conexas relacionadas con el derecho a la protección de datos personales en el ámbito sanitario y, en particular, sobre los accesos indebidos de profesionales sanitarios a la historia clínica de otro compañero igualmente sanitario. (STS).

Más información: centrodeestudiosdeconsumo.com

XI.- RESPONSABILIDAD SANITARIA

- **Responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la incorrecta posición de la sonda de Gastrostomía Radiológica Percutánea.**

STSJ Galicia nº 509/2020 de 14 de octubre, rec. 100/2020.

No pueden compartirse tampoco las alegaciones de la parte apelante dudando de la imparcialidad de los testigos y peritos, por el hecho de ser empleados públicos del S.E.R.G.A.S. Y no se puede compartir esa alegación toda vez que la parte apelante, realiza una afirmación genérica en la que duda de su imparcialidad, pero sin aportar ningún dato concreto, específico, que ponga de manifiesto la existencia de razones reales para dudar de esa imparcialidad.

El mero hecho de tratarse de empleados públicos no implica que exista falta de imparcialidad en los mismos. Si se siguiese el razonamiento de la parte apelante al respecto, cualquier demanda contra la Administración sanitaria siempre prosperaría ya que la atención médica se presta en la mayoría de las ocasiones por profesionales de la salud pública. Corresponde a quien alega un hecho acreditarlo, y, en el presente caso, no existe prueba alguna, ni la ha aportado la parte apelante, que permitiese siquiera poner en duda la imparcialidad de los profesionales médicos que declararon en el acto de la vista.

Más información: poderjudicial.es

- **Indemnización por omisión de información en colectomía.**

STSJ de Murcia nº 255/2020 de 5 junio.

Indemnización por una colectomía total con anastomosis ileorectal, intervención que, por su entidad, exigía un alto grado de información, previsión y aceptación por el paciente.

El Tribunal fija en 20.000 €, cantidad el importe de indemnización por daño moral sufrido por el paciente que fue sometido a una colectomía total sin haber sido informado por escrito y de forma completa de la naturaleza, entidad y secuelas que esa concreta intervención tendría en su salud.

Más información: poderjudicial.es

6.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

DERECHO SANITARIO

- El dilema de la concepción humana asistida: Análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Más información: editorial.tirant.com

DERECHO LABORAL

- La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral.

Más información: casadellibro.com

II.- Formación

DERECHO SANITARIO

- Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud.

Más información: ajs.es

- Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Universidad de Castilla-La Mancha.

Más información: uclm.es

-NOTICIAS-

- Aborto y eutanasia, las dos leyes que regulan la objeción de conciencia en España.

Fuente: abc.es

- Juristas de Salud Pública aseguran que Sanidad no puede imponer restricciones a las comunidades autónomas.

Fuente: larazon.es

- El Supremo condena a 2,5 años a una enfermera que entró "por curiosidad" en el historial de pacientes.

Fuente: diariodeleon.es

- Contra la violencia obstétrica: consentimiento en cesáreas.

Fuente: elperiodico.com

- La Generalitat valenciana crea una comisión de evaluación para garantizar el derecho a la eutanasia.

Fuente: publico.es

- La Asociación de Derecho Sanitario de la CV convoca los V Premios de Periodismo Sanitario.

Fuente: valenciaplaza.com

- El TSJ de Madrid establece que el trabajo en hospitales de concesión administrativa cuenta para los trienios.

Fuente: diariomedico.com

- Una enfermera condenada por avisar a un joven de que el hijo que esperaba su pareja no era suyo. Consultó la historia clínica sin estar autorizada.

Fuente: telemadrid.es

- Así decidirá el médico si el paciente está en plenas facultades para pedir la eutanasia.

Fuente: elpais.com

-BIOÉTICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES.

- **ALGUNAS CONSIDERACIONES BIOÉTICAS Y JURÍDICAS ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE EDICIÓN DEL GENOMA HUMANO HEREDITARIO A LA VISTA DE LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES.**

La reciente Declaración de Ginebra sobre edición del genoma humano denuncia la posición central que han ocupado tanto la Ciencia como la Bioética hasta la fecha, afirmando que ambas mantienen una posición decididamente favorable respecto a esta bioingeniería, y todo lo cual pone de manifiesto la acuciante necesidad de reorientar el debate hacia el campo del Derecho.

El presente artículo tiene por objeto analizar pormenorizadamente las consideraciones vertidas en este documento, formulando interrogantes sobre algunas de ellas, y poniendo en valor la conveniencia de articular un consenso multidisciplinar encabezado por los derechos humanos, en particular, de aquellos grupos más vulnerables.

Más información: ojs.uv.es

- **POSICIONAMIENTO DEL GRUPO DE TRABAJO DE ÉTICA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE EPIDEMIOLOGÍA .**

1. Cautelas sobre el Certificado Digital COVID de la Unión Europea.
2. La vacuna puede reducir la transmisión, no la elimina, por lo que no puede descartarse la posibilidad de que las personas vacunadas puedan transmitir la COVID-19 a otras personas.
3. Es más prioritario destinar las vacunas contra la COVID-19, un bien escaso en el mundo, a las poblaciones más vulnerables y a los trabajadores sanitarios de todos los países antes que a las poblaciones adolescentes e infantiles de los países con más ingresos.

Más información: seepidemiologia.es

- **RELACIÓN ENTRE LA FORMACIÓN EN BIOÉTICA Y LA GESTIÓN DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS Y LA ADECUACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO EN MÉDICOS DEL SERVICIO DE URGENCIAS.**

El presente trabajo tiene como objetivo principal medir la influencia que tiene la formación en Bioética entre los médicos de urgencias a la hora de gestionar las Instrucciones Previas (IP) y la Adecuación del Esfuerzo Terapéutico (AET) cuando atienden a sus pacientes y determinar así la importancia de la inclusión de la bioética en el proceso formativo. Se trata de un estudio descriptivo de corte trasversal en tres servicios de Urgencias Hospitalarias en España, mediante cuestionario autoadministrado.

Más información: revistaeidon.es

- **CONTROVERSIAS BIOÉTICAS DE LAS DONACIONES DE LAS COMPAÑÍAS FARMACÉUTICAS A LOS CENTROS SANITARIOS**

Planteado por FEA de Endocrinología y Nutrición. Ciudad Real

Más información: aebioetica.org

- **Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia**

Red Informal de Documentación sobre la Salud Psicosocial de la Familia.

Más información: thefamilywatch.org

- **PRIORIZAR SIN DISCRIMINAR: LA DOCTRINA DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN UN CONTEXTO DE PANDEMIA.**

Más información: cepc.gob.es

- **PREOCUPACIONES ÉTICAS SOBRE LA COMERCIALIZACIÓN DE LA KETAMINA COMO UN ANTIDEPRESIVO SEGURO Y EFICAZ | DE JAMES C. COYNE | BEINGWELL | ENE, 2021 | MEDIO.**

Más información: cepc.gob.es

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- Casos de la bioética norteamericana en el último decenio (Dúo).

Más información: thomsonreuters.es

II.- Formación

- XV Congreso Nacional de Bioética.

Bioética y cuidados en tiempos de Pandemia.

Más información: asociacionbioetica.com