

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha. (Servicio Jurídico)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede Granada), Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 20 de julio de 2009

Anulación del Decreto de Andalucía sobre delimitación de Áreas de Salud

Sentencia por la que se acuerda la nulidad del art. 12 del Decreto andaluz sobre delimitación de Áreas de Salud invocando al efecto el carácter básico que presenta el art. 56.5 de la Ley General de Sanidad sobre la extensión máxima del Área de Salud desde el punto de vista del criterio demográfico. En este caso la Comunidad de Andalucía, obvió por completo el límite infranqueable de las 250.000 personas a la hora de dimensionar territorialmente estas demarcaciones geográficas, y que ahora parece emular la Comunidad Autónoma de Madrid con su proyecto de área sanitaria única.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 3ª, de 9 de febrero de 2010

Nulidad del decreto de Madrid, que regula los depósitos de sangre del cordón umbilical

El Alto Tribunal acuerda la nulidad de pleno derecho por motivos formales del Decreto de Madrid 28/2006 regulador de los depósitos de sangre del cordón umbilical.

El TS considera que *“aunque es cierto que no concurren en el supuesto que enjuicamos los presupuestos requeridos para que fuera preceptivo el trámite de audiencia en sí mismo o en sentido propio que regula el inciso primero del art. 24.1.c) de la Ley 50/1997...”* no es menos cierto que se incurre en la comisión de otro vicio en el procedimiento de elaboración del Decreto que ya fuera denunciado por la Sentencia de instancia, en particular aquél trámite por el cual resulta preciso recabar *“cuantos estudios y consultas se estimen conve-*

nientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto”.

En el caso de autos, el Supremo considera que a tenor de las múltiples interrogantes e incertidumbres que suscita la cuestión debatida desde todos los puntos de vista (científicos y normativos) *“no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones...”*

Es una pena que no exista pronunciamiento alguno por parte del TS sobre una cuestión tan relevante como el tema competencial, algo sobre lo que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sí que se pronunció al afirmar con total rotundidad en uno de los incisos del párrafo primero de su fundamento de derecho cuarto, que corresponde al Estado *“la decisión de si se admiten o no los bancos autólogos privados”* como manifestación de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.16 de la Constitución.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de 12 de diciembre de 2007

Medios para lograr la materialización efectiva del derecho del interesado de acceso al expediente administrativo

La sentencia analiza los medios para lograr la materialización efectiva del derecho del interesado a acceder al expediente administrativo, en particular cuando lo que se acuerda para ello es solamente su exhibición pero sin que se pueda tomar nota de su contenido.

En el caso de autos el TS considera que, por su naturaleza, el mero examen sin posibilidad de tomar notas no permitía tomar conciencia clara del contenido de esos documentos dada su configuración numérica que dificultaba su retención memorística y, por tanto, considera que debía prevalecer

el derecho a la tutela sobre el derecho a la confidencialidad, por lo que ordena la retroacción de las actuaciones.

Es cierto que la cuestión suscitada tuvo como protagonistas al propio Tribunal Superior de Justicia que fue el que acordó la exhibición de la documentación a la parte interesada sin posibilidad de que ésta pudiera efectuar ningún tipo de anotaciones.

FARMACIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 14 de enero de 2010

Los Estados Miembros de la UE podrán congelar los precios de los medicamentos sin necesidad de comprobar las condiciones macroeconómicas

El TJUE permite a los Estados miembros de la UE congelar los precios de los medicamentos sin necesidad de comprobar las condiciones macroeconómicas.

Para entender este fallo previamente resulta obligado conocer qué dice el artículo 4.1 de la Directiva 89/105 (también conocida como la directiva de la transparencia). El citado precepto señala que si las autoridades imponen una congelación de precios, el Estado debe comprobar, al menos una vez al año, si las condiciones macroeconómicas justifican que se mantenga dicha congelación.

Para fundamentar esta decisión contraria a los intereses de las farmacéuticas, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no precisa cuáles son los criterios en los que debe basarse la comprobación de las condiciones macroeconómicas y por tanto corresponde a los Estados determinar los criterios en cuestión, de modo que pueden tener en cuenta tanto los gastos sanitarios públicos como otras condiciones macroeconómicas relativas al sector de la industria farmacéutica.

Así pues el Tribunal entiende que la norma comunitaria no se opone a que la comprobación anual de las referidas condiciones macroeconómicas por parte de los Estados miembros para acordar la congelación de los precios de los medicamentos, se pueda basar en tendencias generales, tales como el

equilibrio financiero de los regímenes nacionales de asistencia sanitaria.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 11 de junio de 2008

Establecimiento y regulación de la relación de colaboración entre la Consejería y los farmacéuticos

El objeto de la controversia gira en torno al establecimiento y regulación de la relación de colaboración entre la Consejería de Sanidad y Consumo y el Servicio Extremeño de Salud con los farmacéuticos de Oficina de Farmacia en todo lo que afecta la forma y condiciones en que la población asistida por el SNS obtendrá la prestación farmacéutica. En concreto se recurre a la figura del concierto que es impugnado por FARMAINDUSTRIA.

El TS confirma y avala el recurso a la figura de los conciertos y convenios de colaboración para fijar las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica, que no pueden confundirse con disposiciones administrativas de carácter general.

Por último confirma la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de prestaciones farmacéuticas citando la importantísima STC 98/2004 (que incardina la regulación de las especialidades farmacéuticas en el título de Sanidad en lugar del título de Seguridad Social, y permite que la Comunidad de Canarias pueda fijar precios de referencia) así como lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS en virtud del cual las prestaciones, incluidas las farmacéuticas, son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 22 de abril de 2010

La Autoridades Sanitarias Nacionales, pueden incentivar económicamente la prescripción médica de determinados medicamentos menos caros que otros siempre que pertenezcan a la misma clase terapéutica

El TJUE declara conforme a derecho la decisión de las Autoridades Sanitarias nacionales de incentivar económicamente la prescripción médica de determinados medicamentos menos caros que otros

pertenecientes a la misma clase terapéutica. El fallo de la sentencia dice textualmente: *'El artículo 94, apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a sistemas de incentivos económicos, como el controvertido en el litigio principal, aplicados por las autoridades nacionales responsables de la salud pública a fin de reducir sus gastos en la materia y tendentes a favorecer, a efectos del tratamiento de ciertas patologías, la prescripción por los médicos de medicamentos específicamente designados y que contienen una sustancia activa diferente de la del medicamento que se había prescrito anteriormente o que se habría podido prescribir de no existir tal sistema de incentivos'*

La cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia tiene su origen en la decisión de las autoridades nacionales responsables de la salud pública en Inglaterra y en el País de Gales de incentivar, tal y como ya se ha dicho, la prescripción de determinados medicamentos con el fin de reducir sus gastos globales y para ello ofrecen incentivos económicos a las consultas médicas, y siempre que el medicamento incentivado, diferente del que se habría podido prescribir, pertenezca a la misma clase terapéutica.

El TJUE considera que **las autoridades públicas están perfectamente facultadas en el marco de las responsabilidades que asumen para determinar, con apoyo en evaluaciones de las virtudes terapéuticas de los medicamentos en función de su coste para el presupuesto público, si a efectos del tratamiento de ciertas patologías determinados medicamentos que contienen una sustancia activa concreta son preferibles desde el punto de vista de la hacienda pública a otros medicamentos.**

Los límites a estas medidas son:

- **Imposibilidad de tratamiento discriminatorio** y para ello las autoridades han de asegurarse de que el sistema de incentivos se apoya en criterios objetivos

- **Formales.** Las autoridades están obligadas a hacer público el sistema así como a poner a disposición de los profesionales de la salud y de la industria farmacéutica las evaluaciones que acreditan la equivalencia terapéutica
- La **libertad de prescripción** del facultativo, sin que por tanto se pueda menoscabar la libertad del médico para prescribir el medicamento que a su juicio sea el más apropiado para el tratamiento terapéutico del paciente.

CONCLUSIONES ABOGADO GENERAL SOBRE INCENTIVOS POR PRESCRIPCIÓN A LOS MÉDICOS

Distinta ha sido la visión del Abogado General sobre esta misma cuestión, la determinación de si los sistemas de incentivos a la prescripción de medicamentos por parte de un organismo público que forma parte del sistema nacional de salud del Reino Unido (NHS) estarían o no comprendidos en el ámbito de aplicación del **art. 94 de la directiva 2001/83** que prohíbe ofrecer primas, ventajas pecuniaras o ventajas en especie a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

A través de la instauración de estos sistemas de incentivos a las prescripciones se pretende incentivar a los médicos para que en lugar de prescribir el medicamento "A" prescriban en adelante el medicamento "B". Este tipo de medidas no deben ser confundidas con la sustitución de ciertos medicamentos por medicamentos genéricos, pues en este caso de lo que se trata no es de sustituir un medicamento de "marca" por el medicamento genérico correspondiente que contenga el mismo ingrediente activo, sino que de lo que se trata es de sustituir un medicamento por otro medicamento distinto que contiene un ingrediente activo diferente.

El Abogado General considera que estamos ante una práctica que vulnera el derecho comunitario ya que las medidas en cuestión están claramente dirigidas a incentivar, que no a informar, la prescripción de determinados tipos de medicamentos. En cuanto a la necesidad y la facultad que tienen los poderes públicos de controlar el gasto en

medicamentos, el abogado general entiende que en efecto, la finalidad perseguida con estos sistemas de incentivos a la prescripción es en sí mismo legítimo, si bien dicho objetivo puede conseguirse empleando otro tipo de medidas más acordes con el ordenamiento jurídico como es el caso de la fijación estatal de precios de referencia o de precios fijos.

Al margen de las conclusiones del abogado general para este caso concreto hay que señalar en relación precisamente con la adopción de otras medidas para frenar el gasto farmacéutico la importancia que reviste **la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de Enero de 2010**, en los asuntos C-471/07 y C-472/07 interpuestos contra diversas medidas adoptadas por el gobierno belga.

En efecto la trascendencia de esta sentencia, radica fundamentalmente en el poder que confiere a los Estados miembros de la UE para congelar el precio de los medicamentos si así lo aconsejan las condiciones macroeconómicas, condiciones que han de ser analizadas sobre la base de tendencias generales, tales como el equilibrio financiero de los regímenes nacionales de asistencia sanitaria. *Texto Completo:* <http://eur-lex.europa.eu>

PERSONAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, Sentencia núm. 1077/2007, de 5 junio

La no impugnación de la bases de la convocatoria no impide su posterior control jurisdiccional en el recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de las mismas, cuando el motivo sea la vulneración del Ordenamiento Constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad

Se ha de afirmar pues, que la no impugnación de las bases no impide su posterior control jurisdiccional en el recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de las mismas, cuando el motivo deducido sea la vulneración del Ordenamiento constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad, lo que resulta indisponible por las bases de la convocatoria, procediendo entrar

en el tratamiento de los motivos impugnatorios determinantes de nulidad de pleno derecho.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, de 10 de septiembre de 2009

El trabajador en situación de IT antes del disfrute del período vacacional, no puede disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones

Pronunciamiento que se haya en perfecta sintonía con lo que ya dijera el mismo Tribunal en sentencia de 20 de enero de este año, y lo que a nivel nacional, ha establecido en primer lugar el TSJ de Valencia en sentencia de 5 de mayo de 2009, y posteriormente el TS en sentencia de 24 de junio. La doctrina fijada por el TS viene a señalar que el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no se puede entender que un trabajador en situación de IT antes del disfrute del período vacacional, pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 18 de mayo de 2009

El despido de una trabajadora embarazada será calificado como nulo, aún cuando la empresa desconozca el estado de la trabajadora.

El TC en Sentencia de 18 de mayo de 2009 estima la demanda de amparo promovida por la recurrente frente a sentencia que declaró ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia de su despido. El TC afirma que no es preciso el conocimiento previo por el empresario del estado de gestación de la trabajadora para que el despido sea calificado como nulo. En este caso la empresa desconocía por completo que la trabajadora despedida “estaba en cinta”.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, de 5 de marzo de 2010

No es posible fraccionar el permiso en caso de enfermedad grave, si la persona intervenida es dada de alta

El permiso de tres días en caso de enfermedad grave o intervención quirúrgica del cónyuge no puede ser objeto de fraccionamiento para el su-

puesto de que la persona intervenida sea dada de alta por entender que en tal momento cesa la calificación de enfermedad grave. Lo decisivo es que concurren las circunstancias para otorgar el plazo de tres días naturales a partir del hecho causante.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 13 de octubre de 2009

La apertura de determinados puestos de trabajo al personal estatutario en la Relación de Puestos de Trabajo no constituye irregularidad jurídica

La apertura por el Decreto 67/2004, de 8 de julio, de aprobación de la Estructura Orgánica y de la Relación de Puestos de Trabajo del Servicio Cántabro de Salud, de determinados puestos de trabajo al personal estatutario constituye el desencadenante de la cuestión litigiosa que ahora conoce en casación nuestro Alto Tribunal.

La cuestión de fondo gira sobre la supuesta irregularidad jurídica que a juicio de la organización sindical CSI-CSIF supone que sea una Relación de Puestos de Trabajo la que pueda dar cumplimiento a las disposiciones adicionales tercera y sexta de la Ley 55/2003, precisamente, porque carece del carácter de norma jurídica.

El TS no advierte ningún impedimento para que así sea, pues la legislación estatal sobre función pública (Ley 30/1984 y la Ley 55/2003) admite que el personal estatutario desempeñe puestos de trabajo reservados a funcionarios y la concreción de cuáles son corresponde a la Relación de Puestos de Trabajo.

Por tanto “no resultan obstáculos a que por medio de una Relación de Puestos de Trabajo se abran algunos de ellos al personal estatutario. Esta operación no la subordina el legislador a la previa emanación de normas específicas diferentes de las generales sobre dicho personal y sobre el régimen de las relaciones de puestos de trabajo. Por el contrario, en la medida en que son, según la definición que de ellas da el legislador, instrumentos técnicos de ordenación del personal, entra dentro de su cometido adoptar la concreta decisión aquí discutida”.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 21 de julio de 2009

Legitimidad de la decisión administrativa de impedir el acceso a determinados puestos de

trabajo de la Administración Autonómica a funcionarios docentes

La cuestión que se debate no es otra que la legitimidad de la decisión administrativa de impedir el acceso a determinados puestos de trabajo de la administración autonómica a funcionarios docentes. El TS en ocasiones anteriores ha permitido considerar como justificación suficiente para excluir a funcionarios docentes del acceso a puestos de ordinaria gestión administrativa la consideración de su absoluta ajeneidad a las funciones de tales puestos.

Sin embargo y a la luz de la más reciente doctrina constitucional (SSTC 129/2007 y 118/2008), para excluir a los funcionarios docentes de la posibilidad de acceder a determinados puestos, no basta con declarar que todos ellos resultan absolutamente ajenos a la función administrativa. Exige también estas otras puntualizaciones:

a) Es constitucionalmente lícito que la Administración aquí recurrida establezca que a los puestos de gestión administrativa sólo puedan acceder los funcionarios que hayan acreditado para ingresar en su Cuerpo de pertenencia el conocimiento de todas o de la mayor parte de las disciplinas cuyo dominio resulta necesario para el desempeño de actividades propias de esa "gestión administrativa".

b) Paralelamente, podrá establecer en la correspondiente RPT, como requisito positivo para acceder a determinados puestos, que el funcionario que aspire a ellos pertenezca a un Cuerpo cuyas pruebas selectivas no se hayan limitado a verificar conocimientos de una única área de conocimiento y sí hayan abarcado todas o algunas de las disciplinas propias de la gestión administrativa(...).es decir, que esas pruebas selectivas necesariamente hayan incluido temas pertenecientes a varias de estas ramas jurídicas: Derecho Constitucional, Administrativo, Financiero y Tributario, Civil y Mercantil y Trabajo y Seguridad Social.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, de 7 de septiembre de 2009

El derecho a las vacaciones anuales se deriva no de la situación de servicio activo, sino del desempeño de servicios efectivos

El derecho a las vacaciones anuales se deriva no de la situación de servicio activo, sino del des-

empeño de servicios efectivos. En el régimen del personal estatutario el art. 53 del EM establece textualmente que “*anualmente, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración no será inferior a 30 días naturales o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios*”.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 10 de noviembre de 2009

Las decisiones organizativas de las Administración que afectan a las condiciones de trabajo de los funcionarios deben ser objeto de negociación

Se considera preceptiva la negociación colectiva cuando una concreta actuación administrativa afecte a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como en este caso se deduce del contenido de la norma de la Consejería de Educación, en la que se reordenan los recursos del profesorado en los centros afectados en concreto la Orden para la Selección de Colegios Públicos de Educación infantil y primaria en la que se llevará a cabo la implantación de enseñanza bilingüe español-inglés. No obstante, en este caso la Orden era de 2004 y la norma aplicada por el TS no es el EBEP sino la Ley 9/87 modificada por la Ley 7/1990.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de septiembre de 2009

Nulidad del Decreto de la Junta de Castilla y León, por incumplir un trámite esencial, la preceptiva consulta a las organizaciones sindicales

La relevancia e interés de esta sentencia estriba en que avala el criterio de la aplicación preferente de la norma especial sobre la general. En el caso de autos, la cuestión discutida es la presunta nulidad en la que incurre una disposición reglamentaria dictada por la Junta de Castilla y León en el ejercicio de sus potestades de autoorganización por no haber cumplimentado un trámite esencial, la preceptiva “consulta” (que no negociación) del decreto en cuestión, ya que afectaba a las condiciones de trabajo de los empleados.

Quizá lo de menos sea conocer cuál fue el desenlace (nulidad por *concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62,1.e) Ley 30/92*), pues lo verdaderamente importante es el hecho de que la Sala haya entendido que de conformidad

con lo previsto en la **Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla Y León**, se debería haber procedido a la *consulta a las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas*.

Hemos de recordar a los lectores que el Estatuto Básico del Empleado Público (aplicable al personal estatutario a tenor de lo dispuesto en su art. 2.3) impone para estos mismos casos la obligación de “negociar” (no consultar) con las organizaciones sindicales este tipo de decisiones (art. 37.2.a))

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

Jubilación forzosa del personal funcionario sanitario y la prolongación de la permanencia en servicio activo

PRIMERO.- La sentencia analiza el polémico y vidrioso tema de las relaciones entre el EBEP y el EM, para concluir que “*si una misma materia se encuentre regulada por ambos instrumentos normativos debe aplicarse preferentemente el Estatuto Marco en razón del principio de especialidad siempre y cuando en la materia específica de referencia no entre en contradicción con las previsiones del EBEP*”: Es decir, sí a la aplicación del principio de especialidad a favor del EM pero destacando que en caso de contradicción entre ambas leyes debe prevalecer la norma general, a saber el EBEP como norma posterior. Curiosa mezcla de principios para la resolución de colisiones normativas como la que nos ocupa, principio de especialidad y principio de temporalidad.

En el caso objeto de controversia, la jubilación recibe un tratamiento normativo muy similar por parte de ambas disposiciones legales, de modo que la confrontación de lo que dice el art. 26 del EM y el art. 67.3 del EBEP permite inferir que la autorización administrativa se erige en un requisito imprescindible para la prolongación de la situación de servicio activo más allá de los 65 años de edad, a lo que cabría añadir la exigencia no prevista expresamente en el EBEP de que la autorización deba otorgarse en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos (art. 26 del EM).

SEGUNDO.- Pues bien, llegados a este punto, y retomando de nuevo el tema de la determinación

de la normativa aplicable, la sentencia en su fundamento de derecho quinto considera que deberemos estar a lo dispuesto en el Estatuto Marco pero porque la Ley 7/2007 (EBEP) anuda la entrada en vigor del citado precepto a ulteriores normas de desarrollo, todo ello en contra precisamente de lo que posteriormente dice la propia sentencia en su Fundamento de Derecho Duodécimo al afirmar textualmente que *“la vigencia y aplicación al supuesto de autos del régimen de jubilación forzosa de los funcionarios previsto en el art. 67.3 de la Ley 7/2007, resulta clara a la luz de su disposición final cuarta (...)”*. Pero además también llama la atención que en un caso como éste, en el que no se puede hablar de contradicción, la Sala, en contra de lo que parece haber dicho en un principio, aplique el EM pero por el hecho de que la previsión del EBEP no es de aplicación inmediata.

En este escenario de aplicación del régimen de jubilación previsto en el EM, la Sala pasa a analizar a continuación el contenido del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro y constata que tanto los objetivos fijados (renovación de la plantilla, reducir la temporalidad y el coste de las sustituciones) como las acciones previstas para su consecución (entre las que se incluye la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años) resultan conformes a derecho, de modo que hay que considerar legítima la decisión administrativa de denegación/autorización de la solicitud de prórroga en el servicio activo una vez cumplidos los 65 años de edad en cumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos invocando al efecto como motivación las *“necesidades asistenciales”* entendiendo por tal *“la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante”*.

TERCERO.- Tras analizar el marco normativo en el que se desenvuelve la posibilidad de prórroga en el servicio activo del personal estatutario, la Sala entra a debatir la situación concreta del recurrente, médico funcionario de carrera, y es aquí donde se puede apreciar cierta contradicción con lo afirmado con anterioridad cuando analiza nuevamente la aplicabilidad de la vigente normativa de función pública para concluir en el Fundamento de Derecho Duodécimo que el régimen de jubilación forzosa del art. 67.3 del EBEP no está afectado por lo establecido en la Disposición Final Cuarta (dispo-

sición que contempla una serie de materias respecto de las cuales la entrada en vigor del EBEP queda demorada a que se aprueben las correspondientes leyes autonómicas de función pública). Vamos, que después de todas las argumentaciones y análisis anteriores, concluye que en el caso de autos la normativa de referencia estaría constituida por el art. 67.3 del EBEP (nada del EM) que exige que la negativa a la prolongación de la permanencia en servicio activo una vez cumplidos los 65 años de edad esté debidamente motivada.

CUARTO.- La Sala para dar respuesta a esta interrogante analiza la jurisprudencia europea en materia de discriminación por razón de la edad y concluye que la edad del funcionario en sí misma considerada no resulta suficiente para tomar una decisión como la que se debate sino que debe ir acompañada de otra serie de factores, como *“las consecuencias físicas y psíquicas que se derivan del envejecimiento y que redundan en una menor eficacia en la gestión y atención médica y en la organización de dicho servicio”* así como que *“el envejecimiento de la plantilla disminuye la posibilidad de que dichos funcionarios lleven a cabo servicios de guardias”*, razones todas ellas argüidas por la administración y que el TSJ entiende que sirven para fundamentar razonablemente la decisión administrativa por la que se rechaza la permanencia del actor en el servicio activo.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 2010

Plan de Ordenación de Recursos Humanos y Jubilación Parcial del personal estatutario.

La cuestión de fondo que constituye el objeto del recurso de casación consiste en determinar si tiene razón la Administración recurrente en entender que la jubilación parcial para el personal estatutario de los Servicios de Salud que regula el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud sólo es viable jurídicamente en el marco de lo que haya sido establecido en un previo plan de ordenación de recursos humanos.

El TS tras el estudio de lo dispuesto en el art. 26.4 del EBEP y el art. 67.2 y 4 del EBEP llega a la conclusión de que en tales preceptos se contemplan dos modalidades distintas de jubilación parcial:

a) una primera en la que el acceso a la jubilación parcial se regula como una iniciativa del funcionario sin incluir la exigencia de la previa elaboración de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos. Ambos textos legales se remiten a la legislación de seguridad social

b) una segunda posibilidad de jubilación parcial que, en ambos preceptos legales, se enmarca dentro de la planificación u ordenación que de sus recursos humanos establezca la correspondiente Administración pública empleadora de la persona que accede a dicha jubilación

Pues bien, a partir de esa dualidad debe concluirse que la jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no necesariamente requiere en la totalidad de los casos, como preconiza el recurso de casación en interés de la ley, la elaboración de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA DE 19 DE FEBRERO DE 2010.

Competencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la jubilación parcial de personal estatutario

El TSJ de Castilla-La Mancha reproduce los razonamientos del Tribunal Supremo recogidos en su sentencia de 22 de julio de 2009 sobre jubilación parcial del personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias para desestimar el recurso interpuesto al no tener la pretensión de acceso a la jubilación parcial encaje legal actual. No obstante lo anterior, la Sala previamente declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión ejercitada por tratarse de una materia propia de Seguridad Social, sin que por ello se violente la doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de abril de 2009) que mantiene que desde la entrada en vigor del EM las cuestiones litigiosas que surjan entre dicho personal estatutario y los respectivos Servicios de Salud son competencia de la jurisdicción contenciosa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA de 11 de febrero de 2010.

Retribuciones y cupo máximo

La cuestión objeto de debate versa sobre los derechos retributivos que ostenta el médico de cupo y

zona cuando tiene asignados más titulares de los que correspondería por su cupo, si tiene o no derecho a ser retribuido por el número real y efectivo de titulares. Tras un examen de la jurisprudencia y la normativa aplicable al caso el Tribunal concluye que la retribución debe abonarse teniendo en cuenta el número de titulares de la asistencia sanitaria que tiene asignados el recurrente sin que se establezca un tope máximo a efectos de limitar sus retribuciones.

Obviamente, y aunque la sentencia no lo recoja, ello no significa en modo alguno desconocer la potestad que la administración tiene de reducir el cupo que tenga asignado el médico, pues el **artículo 112.5 de la Ley General de la Seguridad Social** (aún vigente) dispone que, asignado un titular o, en su caso, beneficiario, a un facultativo, no se variará esta asignación, sin, o contra, la voluntad de aquél, salvo en los casos que concretamente prevé, a saber:

a) que el titular o beneficiario pida voluntariamente el cambio de médico

b) que el médico sea trasladado de zona, o de circunscripción territorial

c) que el facultativo tenga asignado un número de beneficiarios que sobrepasen el cupo máximo correspondiente a su plaza, en cuyo caso la administración tiene plenas facultades para reducir aquel número hasta quedar comprendido en dicho cupo máximo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, de 16 de febrero de 2010

Exclusión de un profesional sanitario del programa de mejoras sin haber dictado resolución administrativa

La exclusión de un profesional sanitario por parte de la Dirección del Hospital del programa de mejora de la gestión asistencial para reducir las listas de espera (autoconcertación) constituye una decisión legítima de la administración pero que debe en todo caso ajustarse a los cauces formales que impone nuestro Ordenamiento Jurídico.

En el caso de autos se trataba de una trabajadora que pese a manifestar de forma expresa su intención de continuar formando parte de dicho programa fue apartada del mismo por la administra-

ción sin haber dictado resolución administrativa ni haber tramitado previamente expediente alguno en el que se le hubiera concedido al interesado trámite de audiencia.

En definitiva, la sentencia critica el modo de proceder esencialmente antiformalista de la administración a la par que pone de manifiesto la conveniencia de regular el proceso a seguir para la inclusión/exclusión de profesionales de estos programas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA - LA MANCHA de 5 de febrero de 2010

Movilidad y cambio de puesto como resultado de la resolución de conflictos en el marco del Plan Perseo

Movilidad y cambio de puesto de una enfermera como resultado de la decisión adoptada por la Comisión de resolución de conflictos en el marco del Plan Perseo (Agresiones y Conflictos Profesionales). La sala desestima el recurso y efectúa las siguientes consideraciones:

- a) el procedimiento seguido en el marco del Plan Perseo no es un procedimiento sancionador.
- b) La interesada no ostenta un derecho a la inamovilidad, ya que de una parte se trata de personal temporal y de otra nos recuerda que el puesto que desempeña no es un puesto de trabajo singularizado.

PROFESIONES SANITARIAS

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, de 2 de diciembre de 2009.

Legalidad de la Orden que establece los requisitos para la verificación de los títulos oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Fisioterapia

La AN confirma la legalidad de la Orden por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Fisioterapeuta.

En este caso se impugnó la atribución a estos profesionales de habilidades para la valoración dia-

gnóstica de cuidados de fisioterapia, algo que a juicio de la Sala no se puede confundir con el diagnóstico médico.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, de 3 de febrero de 2010

Legalidad de la Orden que establece los requisitos para la verificación de los títulos oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Enfermería.

De nuevo la AN entra a analizar el siempre espinoso tema de la delimitación de competencias entre profesiones sanitarias “fronterizas”, si bien en este otro caso el colectivo afectado por el celo profesional médico de velar por las competencias propias de la profesión, es el de la enfermería.

La AN, como sucediera con los fisioterapeutas, confirma la legalidad de la Orden por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de enfermero, y considera que las referencias hechas al término “diagnóstico” deben ser entendidas dentro del contexto de la profesión de enfermería.

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 12 de enero de 2010.

La limitación por razón de edad de la prestación profesional de servicios, en el caso de los dentistas concertados.

La cuestión prejudicial planteada gira sobre la Ley Alemana de igualdad de trato que adaptó el Derecho nacional alemán a la Directiva Comunitaria e introdujo un límite máximo de edad aplicable a los médicos concertados, de tal manera que la habilitación para ejercer la profesión expira cuando el médico cumple los 68 años. El Tribunal Europeo establece que la Directiva no se opone a dicha medida cuando tiene la finalidad de repartir las posibilidades de empleo entre las nuevas generaciones de dentistas, habida cuenta de la situación del mercado laboral. Sin embargo, se opone a dicha medida si tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de facultades de los profesionales de edad avanzada, puesto que ese límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados. En ese caso, sí sería discriminatorio.

Esta limitación por razón de la edad entronca con la diferente concepción que este requisito tiene en

nuestro Derecho interno según si la prestación de servicios profesionales lo es en el ámbito del derecho laboral o en el ámbito de la función pública. En este último caso, la jubilación por cumplimiento de la edad es un derecho pero también un deber cuyo cumplimiento comporta necesariamente la pérdida de la condición funcionarial

SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 29 DE ENERO DE 2010.

Psicología clínica y centros sanitarios

El TSJ de Castilla-La Mancha acuerda la nulidad de los preceptos de la Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre Requisitos Técnicos-Sanitarios de centros de salud, en los que se admite la presencia al frente de diversas unidades clínicas de un psicólogo sin la especialidad de psicología clínica ya que el psicólogo no es profesional sanitario titulado, con la salvedad hecha de aquél que esté en posesión del título de especialista en psicología clínica.

Así mismo se acuerda la nulidad del precepto por el que se crea la consulta o unidad de psicología por tratarse de un exceso respecto de la regulación que de esta materia efectúa el RD1277/2003, ya que se está regulando una unidad servida únicamente por un psicólogo no clínico con la pretensión de operar en el tráfico jurídico como establecimiento sanitario.

SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 16 DE FEBRERO DE 2010

Nulidad de Orden sobre requisitos técnico-sanitarios de los centros y servicios de atención a la salud mental y de 29 de enero de 2007 sobre requisitos técnicos-sanitarios de los centros de hidrología y de hidroterapia

El TSJ acuerda la nulidad de la Circular 3/2007 por las que se interpretan las Ordenes de 9 de octubre de 2006 de requisitos técnico-sanitarios de los centros y servicios de atención a la salud mental y de 29 de enero de 2007 sobre requisitos técnicos-sanitarios de los centros de hidrología y de hidroterapia, en materia de personal.

El motivo de la anulación radica en la falta de adecuación entre la naturaleza jurídica propia de la circular y el contenido real de la misma, más propio de una disposición administrativa de carácter

general ya que la referida Circular viene a desarrollar determinados requisitos regulados en la Orden.

En números anteriores ya hemos dado cuenta de sentencias que empleando este mismo argumento han procedido a la anulación de circulares dictadas por distintas Administraciones Sanitarias, y un buen ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de junio de 2008. En esta última sentencia el TS resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de junio de 2005, que estimó el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de la Industria Farmacéutica (FARMAINDUSTRIA) contra la Circular 1/2002, de 25 de noviembre de 2002, sobre ordenación de la visita médica.

PROTECCIÓN DE DATOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 29 de junio de 2009

Un policía municipal pierde sus derechos al puesto en un proceso selectivo por haber filtrado información sobre su salud, otro médico miembro del tribunal de otra oposición anterior

El demandante de amparo participó en el proceso selectivo para el ingreso en la categoría de agente de la escala básica de la Policía Autonómica. Sin embargo, fue excluido de ese proceso selectivo debido a que estaba afectado por una causa de exclusión médica. Posteriormente se presentó como candidato al proceso selectivo convocado para agente de la Policía Municipal, proceso que supera satisfactoriamente. Durante su permanencia en la Academia de Policía el demandante de amparo fue visto por uno de los médicos que integraron el Tribunal Médico establecido para el proceso selectivo de la Policía Autonómica, el cual comunicó dicha circunstancia a los servicios médicos del Ayuntamiento y remitió un escrito al Servicio Médico de Empresa del Ayuntamiento en el que indicaba cuál era la enfermedad que motivó la exclusión. Finalmente, se dicta resolución y se le excluye definitivamente del proceso selectivo, perdiendo todos los derechos.

El TSJ del País Vasco consideró que pese a haberse producido una lesión en el derecho a la intimi-

dad personal del interesado, sin embargo considera que estaríamos ante un intromisión justificable por las circunstancias concurrentes en el caso, como el hecho de que la divulgación de la enfermedad se produjo en el ámbito médico, concretamente entre dos facultativos integrados en la plantilla de dos administraciones públicas, la finalidad de esa actuación consistía en evitar los perjuicios para los intereses públicos y la comunicación efectuada por dicho médico no era sino el cumplimiento de una obligación deontológica.

El interesado acude en amparo ante el TC y éste en cambio considera ilegítima y carente de justificación la cesión de datos médicos entre ambas administraciones para su utilización en un proceso selectivo distinto de aquél en el que se recabó esta información. Para llegar a esta conclusión, el TC retoma su doctrina sobre la intimidad personal para, a continuación, aplicarla desde tres ángulos distintos:

a) **Si la información relativa a la salud se incluye en dicho ámbito.**

b) **La posible existencia de límites** en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud.

c) **Si puede haber intromisiones legítimas en ese ámbito de intimidad**

En cuanto a la primera cuestión, es obvia la conclusión del TC, respecto de la segunda, nos recuerda que no hay derechos absolutos y es posible que estos derechos puedan experimentar sacrificios siempre que exista una habilitación legal que justifique estas limitaciones “*proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora*” (pensemos en los reconocimientos médicos obligatorios del art. 22 de la ley 31/1995)

“Consecuentemente existirá **intromisión ilegítima** en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento (...) Ello implica realizar **un juicio de proporcionalidad** que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); que sea además necesaria, en el sentido de que no

*exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad”*

A partir de estas consideraciones, señala el TC que siendo palmaria la vulneración del derecho a la intimidad del interesado (comunicación de sus datos sin que medie su consentimiento y para un proceso selectivo diferente), la cuestión estriba en determinar si cabe considerar dicha intromisión como constitucionalmente legítima.

Pues bien, que el fin que se persigue es legítimo, no cabe la menor duda, que hay habilitación legal también pero con matices, pues la Ley de Policía Vasca regula la realización de reconocimientos médicos a los aspirantes durante el curso y las prácticas como policía, y todo ello enmarcado en el contexto de un proceso selectivo. Aquí se produce el primer “enganchón”, ya que en este caso concreto lo que ha tenido lugar es una comunicación de datos en el marco de distintos procesos selectivos, y a consecuencia de ello la actuación de la Administración se ha separado del procedimiento legalmente establecido, ya que el interesado había superado todos los reconocimientos médicos que le había practicado la Policía Municipal. Se le excluye en base a un dato ajeno a su proceso selectivo y que además no es contrastado por los servicios médicos de la policía municipal.

Pero además, no supera el triple juicio de proporcionalidad, ya que “*resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del art. 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado”*.

Esta STC habría que ponerla en conexión con la STC 70/09 ya publicada en números anteriores relativa a la jubilación forzosa por incapacidad de un profesor de secundaria gracias a los informes

médicos de su psiquiatra privado a los que accedió la Inspección Médica de la delegación provincial. En este caso nuevamente señala el TC que aún siendo un fin que puede resultar legítimo (en aras del interés público) no existía una habilitación legal suficiente (La ley gallega del Consentimiento Informado no detallaba claramente en el ejercicio de qué funciones y para qué casos podría la Inspección Médica consultar los historiales clínicos de los ciudadanos). A este respecto decía “Sin embargo, es patente que estas previsiones normativas no alcanzan a constituir una regulación legal suficiente de la restricción discutida de la intimidad, en la medida en que no precisan mínimamente qué funciones son las referidas, cuáles son esos supuestos excepcionales que permiten la intervención, qué intereses legítimos son los que la justifican ni, más allá de la motivación, de qué otros requisitos ha de rodearse la actuación administrativa”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, sala de lo social, de 17 de julio de 2009

Sentencia sobre uso indebido del correo electrónico de la empresa

Esta Sentencia ejemplifica la importancia que reviste la previa implantación por parte de la empresa de unas instrucciones sobre el adecuado uso de los medios informáticos por parte de los empleados para poder ejercer las funciones de dirección y control propias del empresario, y en su caso sancionar las conductas irregulares, sin temor a que se pueda entender lesionado el derecho a la intimidad del trabajador.

En este caso concreto la empresa despide a la trabajadora por hacer uso del correo electrónico para difundir documentos sensibles de la empresa, sin que se considere por parte del Tribunal que se haya vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador ya que se respetan los requisitos jurisprudenciales establecidos al respecto, a saber:

- a) El empresario tiene que respetar la dignidad del trabajador
- b) Se deben haber establecido previamente las reglas de uso de los sistemas informáticos en la empresa
- c) Se debe informar a los trabajadores de la existencia de un control y de los medios que se van a aplicar para asegurar la correcta utilización

de los sistemas, todo ello sin perjuicio de la posible aplicación de medidas preventivas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2009

No constituye vulneración del derecho a la intimidad, la recogida de documentos y la copia del disco duro del ordenador en el puesto de trabajo

La recogida de los documentos y la copia del disco duro del ordenador en el puesto de trabajo del trabajador no constituye vulneración del derecho a la intimidad aunque no estuviera presente el interesado ya que no se vieron afectados objetos, documentos, textos o comunicaciones de carácter personal. La Sala señala que las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de los poderes de control del empresario tal y como ya ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo.

INSTRUCCIÓN 1/2009, DE 17 DE DICIEMBRE

Observaciones a las instrucciones sobre el tratamiento de datos personales de los recién nacidos en los centros sanitarios públicos de la Comunidad de Madrid

La APD de la Comunidad de Madrid ha aprobado unas instrucciones sobre el tratamiento de datos personales de los recién nacidos en los centros asistenciales que integran la red sanitaria única de utilización pública de la CAM.

ORIGEN

Las citadas instrucciones tienen su punto de partida en el documento de identificación sanitaria materno-infantil implantado por el INSALUD en el año 2000 y en el derecho del recién nacido a ser identificado correctamente a tenor de lo dispuesto en la Ley 6/1995, de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, que ya prevé la existencia de un documento de identificación infantil.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DATOS

Estamos ante datos de carácter personal pero que no merecen la consideración de datos especial-

mente protegidos (como sería el caso de los datos sanitarios).

CUMPLIMENTACIÓN DE LA CARTILLA Y CONTENIDO

Respecto del contenido de la citada cartilla, las instrucciones ponen especial énfasis en que se respete el principio de veracidad y calidad de los datos, destacando que la confección de dicha cartilla (labor encomendada a los profesionales sanitarios en el marco de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 41/2002) ha de llevarse a cabo tras las labores de identificación del bebé por parte de los profesionales.

DEBERES DE INFORMACIÓN PREVIA Y CONSENTIMIENTO

No es preciso recabar el consentimiento de la madre, pero no porque estemos ante datos de salud (art. 7.6 de la LOPD) sino por existir norma con rango de ley que habilita para proceder a su tratamiento, en este caso la citada ley autonómica.

No obstante lo anterior sí que se debe dar cumplimiento al deber de legal de información previa sobre los fines a los que responde la recogida de tales datos, responsable del fichero... y curioso, este deber debe cumplirse respecto del profesional sanitario que realiza la toma de datos porque su identidad también debe figurar incorporada en dicho documento.

CONDICIONES DE CONSERVACIÓN

El archivo y conservación de tales datos se puede efectuar bien como parte integrante de la historia clínica o bien en archivo distinto e independiente.

Las instrucciones establecen que deben aplicarse las medidas de seguridad de nivel básico (insisto, no les atribuye la condición de dato sanitario), con una excepción, cuando la conservación de estos datos identificativos se realice integrando dicho documento en la historia clínica.

Imposibilidad de proceder a la cancelación de este tipo de información aunque la conservación de tales datos se haya realizado integrando estos datos en la HC. No se aplican los plazos que contempla la ley para proceder al expurgo de la documentación a efectos de su cancelación (plazo mínimo legal de 5 años).

Sin embargo y como curiosidad, la instrucción establece respecto de la conservación de estos

datos una vez hayan fallecido las personas interesadas, que deberá estarse a lo dispuesto con carácter general en la LOPD y Ley 41/2002. La remisión a esta última disposición legal muestra cierta contradicción con la naturaleza que se predica de estos datos y con la inicial exclusión de los mismos respecto de las normas previstas en la LAP en cuanto a conservación de documentos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo

Cesión de datos sanitarios por las Gerencias a la compañía aseguradora para su posterior utilización en el proceso judicial al margen del Juez

El Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en la que declara que no es posible ceder datos de salud de un paciente a los abogados de una aseguradora aunque se pidan para un proceso judicial. El fallo establece que sólo los puede pedir el juez y los órganos que habilita la ley.

La Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha confirmado una sentencia de la Audiencia Nacional sobre cesión de datos por la gerencia de atención especializada de Ceuta a una compañía aseguradora. Los magistrados instan a la Agencia Española de Protección de Datos a iniciar a un procedimiento para determinar la responsabilidad por una cesión ilícita de datos de carácter sanitario.

La reclamación del paciente, resuelta en primera instancia por la Audiencia Nacional, denunciaba que los responsables de un centro sanitario Ceutí habían remitido sin su consentimiento datos sobre su salud a los abogados de una compañía de seguros, que posteriormente utilizó esa información en procesos judiciales posteriores que la entidad había iniciado contra él.

Los abogados utilizaron datos de salud que sólo pudieron obtenerse de los titulares de los ficheros. La conducta del centro sanitario, según el particular, constituía una "infracción muy grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Protección de Datos". La sentencia de la Audiencia Nacional recordaba que la ley de protección de datos "*exige de forma tajante y sin lugar a dudas que toda cesión de datos de carácter personal ha de contar con el consentimiento*

del afectado", pero la ley no exige dicha autorización "cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, jueces, tribunales y Tribunal de Cuentas".

te caso, la cesión se realizó a destinatarios no previstos en la Ley Orgánica de Protección de Datos y para su uso en defensa de sus propios intereses.

Además, el Alto Tribunal rechaza el motivo alegado por la Administración para fundamentar el recurso y que se basaba en que la cesión de datos se había producido en el marco de un proceso judicial. Los magistrados del Tribunal Supremo aclaran que la excepción prevista en la LOPD que permitiría la cesión sin consentimiento no es aplicable al caso estudiado, ya que la norma *"se refiere a los datos que se utilizan en un procedimiento judicial cuando han sido requeridos previamente por el juez en el ejercicio de sus funciones, lo que no ocurre en el caso de autos". El alto tribunal razona que la excepción "sólo se predica de comunicaciones de datos con los concretos destinatarios que se indican y en el ejercicio de sus funciones".*

No se encuadra en este supuesto *"la utilización de datos personales por los letrados intervinientes en determinados procesos judiciales al formular y proponer sus pruebas"*.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, de 15 de octubre de 2009

Infringir el principio de calidad de los datos por el responsable del tratamiento de los datos reduce la gravedad de sanción impuesta por la AEPD en aplicación del principio de proporcionalidad

La infracción del principio de calidad de datos se consume cuando se ven afectadas las notas de exactitud y veracidad de los datos personales (pues la inexactitud de un dato puede acarrear su separación de la finalidad para la que se recogió), contemplados en la LOPD, que son exigibles al titular del fichero o tratamiento, no sólo en lo que atañe a la conservación de los datos personales en los propios ficheros, o a su comunicación a un fichero de solvencia patrimonial o crédito, sino también en cualquiera de las diversas fases o modos en los que

puede manifestarse el tratamiento de los datos personales.

A partir de esta doctrina, la Audiencia Nacional confirma la existencia de una infracción cometida por la empresa dedicada a la gestión de multas de tráfico impuestas a particulares, que, por error, comunicó al Ayuntamiento de Madrid datos personales que no eran los del conductor sancionado. No obstante, la audiencia finalmente reduce la gravedad de la sanción impuesta por la AEPD al ponderar la infracción del referido principio con la aplicación del principio de proporcionalidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 20 de octubre de 2009

Cesión no consentida de datos personales para conocer el estado de salud del trabajador

Un ejemplo más de que la protección de datos sanitarios y la prevención de riesgos laborales sigue siendo un tema especialmente conflictivo. En este caso el Tribunal Supremo "enmienda la plana" a la Audiencia Nacional al estimar el recurso de casación interpuesto por un trabajador contra la sentencia de 24 de mayo de 2007.

En el presente caso nuestro protagonista es un trabajador que fue dado de baja en su empresa por una hernia discal diagnosticada por una revisión en la mutua Fremap. Con posterioridad comenzó a trabajar para otra empresa, que durante el período de prueba le exigió un examen médico, realizado por la misma mutua. En la fecha en la que se finalizaba el período de prueba del contrato, el paciente recibió una carta por la que se le comunicaba su despido por considerar que su salud, en relación al puesto de trabajo llegaba sólo a la calificación de apto con limitaciones.

El demandante denunció a la mutua por haber utilizado los datos de antiguas exploraciones para llegar a este diagnóstico. La Agencia Española de Protección de Datos concluyó que se trataba de una cesión no consentida de datos personales y entendía que el artículo 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no autorizaba dicha comunicación.

La Audiencia Nacional reconoce que existió, efectivamente, esa utilización de los datos anteriores, pero afirma que dicha utilización posterior se produjo con una finalidad *"compatible con aquélla para la que los datos habían sido recabados ini-*

cialmente" ya que los datos fueron recogidos para conocer el estado de salud del trabajador a efectos de valorar su aptitud laboral en todos los casos.

Ahora el Tribunal Supremo, partiendo como también lo hace la AN en su sentencia que se trata de un supuesto de comunicación de datos no consentida, discrepa del criterio seguido por la Audiencia Nacional:

- a) No existe autorización legal alguna que habilite para que se pueda practicar dicha cesión in consentida, ya que la regla general es la confidencialidad de toda la información obtenida por las mutuas, y por consiguiente la posibilidad de comunicar al empresario "las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" constituye una excepción.
- b) Tampoco resulta admisible el argumento de que existe un principio de unidad de historia clínica que pueda justificar este proceder de la Mutua, ya que la aplicación de este principio lo es siempre en beneficio del paciente (inciso final del art. 16 de la Ley 41/2002). Las historias clínicas no deben tener carácter unitario, como pretende la sentencia impugnada para facilitar su misión a las mutuas de prevención de riesgos laborales. En definitiva, a juicio del TS debe primar el carácter confidencial de esta información y el derecho a la intimidad del trabajador, que tan sólo puede quebrar en supuestos de los que se pueda derivar un beneficio para el paciente.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, de 20 de julio de 2009

La repercusión de la falta de diligencia en la organización de los servicios como criterio de imputabilidad de responsabilidad

En el caso enjuiciado por la Sala, se trataba de depurar las posibles responsabilidades en las que había incurrido el centro sanitario privado y el ginecólogo por las graves secuelas padecidas por el recién nacido derivadas del retraso en la práctica de una cesárea que no pudo realizarse a tiempo

debido a las deficiencias organizativas del propio centro. Para el TS la actuación profesional del ginecólogo no admite crítica alguna, pero sí en cambio la falta de organización que presentaba el centro por lo que si bien no cabe hablar en puridad de "daño desproporcionado" sí cabe invocar la legislación sobre consumidores y usuarios pues como ya ha señalado en reiteradas ocasiones nuestros Tribunales de Justicia, los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios resultan aplicables sobre aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Sala I de lo Civil, N° 778/2009, de 20 de noviembre

Inexistencia de obligación de resultados en tratamiento de fertilidad

Sentencia que relativiza considerablemente la tradicional distinción entre medicina satisfactiva y medicina curativa en orden a la determinación de las posibles responsabilidades derivadas de la producción de un daño físico o psíquico. En este caso concreto la Sala considera que estamos ante un supuesto propio de la medicina curativa con obligación de medios, resaltando la gran importancia que adquiere la "lex artis" como factor modulador de la existencia de responsabilidad y sin que quepa traer a colación en el caso concreto que se enjuicia la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios. La referida ley aborda estas cuestiones desde la perspectiva de los supuestos relacionados con deficiencias organizativas en la prestación de los servicios sanitarios, algo que no acontece en este caso ya que lo que aquí se produjo fue la materialización inesperada y desconocida de una reacción adversa al tratamiento farmacológico que le fue prescrito en el marco de la terapia de reproducción humana asistida a la que se sometió la interesada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de septiembre de 2009.

La relación entre omisión del cumplimiento del deber de informar y la lex artis ad hoc

La Sentencia viene a relativizar considerablemente la doctrina que se ha ido forjando en estos

últimos años sobre la relación entre omisión del cumplimiento del deber de informar y la *lex artis ad hoc*.

En concreto el Tribunal viene a decir que “*es disparatado equiparar falta o insuficiencia de consentimiento informado con un funcionamiento irregular del servicio público, para de ese modo utilizarlo como fundamento de la responsabilidad patrimonial, como si fuese necesariamente sinónimo de mala praxis*”. “*Son las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada caso, las que nos indicarán el efecto jurídico que puede producir, en cada caso y nunca de forma generalizada, la ausencia o insuficiencia del consentimiento informado, en el sentido de si podrá constituir un factor determinante de la responsabilidad patrimonial en la prestación del servicio público sanitario*”. Sin embargo no hace pronunciamiento de ningún tipo sobre la relevancia que puede tener el quebranto del deber de información en la producción de “*daño moral*” y su valoración.

En este sentido resulta de gran interés la distinción que realiza Javier Sánchez-Caro entre lo que él denomina “*lex artis formal*” (el buen hacer del profesional en relación con la correcta cumplimentación de los deberes de información al paciente y obtención del consentimiento informado que le impone el Ordenamiento Jurídico) y “*lex artis material*”, aquella que guarda estrecha relación con la pericia, los conocimientos y la habilidad del profesional en el ejercicio de su profesión. No todo incumplimiento de la “*lex artis formal*” implicaría el deber de indemnizar sino va acompañado de daños o secuelas derivadas de la intervención, tan solo aquella infracción de la *lex artis formal*, hasta el extremo de anular el consentimiento y que implicaría responsabilidad penal y civil o patrimonial y, en todo caso, indemnización de los daños y perjuicios causados, incluido el daño moral.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 27 de enero de 2010

Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por interferencia del paciente en la producción del daño

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Valencia, que declaraba el derecho del recurrente a ser

indemnizado por la Administración Pública sanitaria en relación con las secuelas derivadas de la paraplejía con que resultó por la asistencia recibida. El demandante considera que no se practicaron las pruebas necesarias para determinar la existencia de la lesión.

En sus primeras visitas a urgencias, al paciente se le diagnosticó lumbalgia aguda, prescribiéndosele tratamiento antiinflamatorio y reposo. Tras esta primera intervención, se le remitió al especialista, el cual solicitó la práctica de un TAC lumbar y citó al paciente para otra visita, a la que no acudió. A los pocos días siguientes, y como consecuencia de un traspies el demandante fue trasladado al hospital donde se le diagnosticó paraplejía.

El TS considera que la falta de asistencia del paciente a la cita médica con el traumatólogo constituye un claro incumplimiento de las obligaciones que tienen los usuarios de los servicios públicos sanitarios (art. 11.1 de la LGS) y se erige además en un factor decisivo para anular la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia al haberse roto el nexo causal entre la asistencia sanitaria y las lesiones que padece.

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1.- SENTENCIAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 15 de octubre de 2009

Adjudicación de la explotación de un servicio público a una empresa mixta con participación en su capital social de un socio privado

Interesante Sentencia que vuelve a incidir en algo sobre lo que ya se ha pronunciado en alguna otra ocasión este mismo Tribunal. En concreto la adjudicación de la explotación de un servicio público a una empresa mixta con participación en su capital social de un socio privado. En estos casos y con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores. Sin embargo el TJUE entiende que

es posible solucionar este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias establecidas por la jurisprudencia comunitaria, es decir atendiendo no solo a criterios de capital que aporta, sino valorando también su capacidad técnica y características de la oferta.

Textualmente el TJUE señala que *“En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado”*.

La conclusión que se desprende es que sería válida la adjudicación directa sin licitación previa de la explotación del servicio público a una empresa mixta siempre que el socio privado haya sido seleccionado de acuerdo con los criterios que comenta la propia sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de marzo de 2009

La Responsabilidad Patrimonial, el Silencio y la Ley de Contratos.

Los daños ocasionados a terceros en el marco de un contrato administrativo en vigor, cuando desembocan en la formalización por el interesado de la correspondiente reclamación dirigida contra la administración (art. 198 de la LCSP), exigirá de ésta una especial diligencia en dar traslado de dicha reclamación a la empresa contratista ya que, según la doctrina recogida en esta sentencia, de no hacerse así debe entenderse que es la Administración la que asume la total responsabilidad. Como dice el Supremo *“Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver, la Administración da como respuesta el silencio. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga*

que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia”

Es verdad que el supuesto de hecho que analiza esta sentencia se corresponde con un contrato administrativo de obras, que constituye una modalidad de contratos especial en orden a la determinación de posibles responsabilidades a tenor de lo que vienen diciendo los Tribunales de Justicia y los Consejos Consultivos que consideran que *“ni siquiera parece posible afirmar con seguridad que la solución ofrecida por la jurisprudencia para abordar la responsabilidad de los contratistas y concesionarios en general, venga siendo similar cuando se trata de daños causados por la ejecución de una obra, la gestión o prestación de un servicio y, dentro de la categoría anterior, cuando el perjuicio se anuda precisamente a la asistencia médica prestada en centros sanitarios concertados con los diferentes servicios públicos de salud”*. (Dictamen 174/2006).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 23 de diciembre de 2009

Pueden participar en un contrato público de servicios entidades cuya finalidad prioritaria no sea el ánimo de lucro, no dispongan de una estructura organizativa empresarial y no garanticen una presencia regular en el mercado

Sentencia que declara que la Directiva comunitaria 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, no disponen de una estructura organizativa empresarial y no garantizan una presencia regular en el mercado, como sería el caso de las Universidades y los Institutos de Investigación, así como los consorcios constituidos por Universidades y Administraciones Públicas.

Lo relevante de esta sentencia es la incidencia que tiene respecto la participación en licitaciones públicas de Institutos de Investigación clínica; asimismo y por lo que se refiere a la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico, podemos entender que nuestro Derecho no resulta contrario a este criterio interpretativo a la luz de lo dispuesto en el art. 46.1 de la LCSP relativo a la capacidad exigible a las personas jurídicas, sin

que prejuzgue la existencia necesaria de una organización mercantil con presencia en el mercado y que persiga la realización de actividades lucrativas.

Sin embargo la propia LCSP también ofrece argumentos en sentido contrario pues la acreditación de la capacidad de obrar en el caso de personas jurídicas sólo se contempla para los casos en que se trate de “empresarios” un término éste que debe ser analizado conforme a lo previsto en el Código de Comercio.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA – LA MANCHA, de 22 de febrero de 2010

No se requiere visado del Colegio Oficial de Arquitectos a la Administración Autónoma de Comunidad Autónoma de C-LM en obras cuando esta sea directamente promotora

La Administración Autonómica de Castilla-La Mancha está exenta de solicitar y obtener el visado del Colegio Oficial de Arquitectos en las obras en las que la misma sea directamente promotora. Tanto la normativa autonómica (Disposición Adicional Octava de la Ley de presupuestos) como estatal (Ley 25/2009) avalan este pronunciamiento. En este sentido la conocida como Ley Omnibus ha modificado entre otras la Ley sobre Colegios Profesionales, la Ley 2/1974, y ha regulado el visado de forma prácticamente voluntaria al establecer en su art. 13 que “*en ningún caso los colegios, por sí mismo o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales*”.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2008

Anulación de la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público con retroacción de procedimiento por omitir la mesa de contratación un trámite esencial

El TS confirma en casación la anulación de la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público, con retroacción del procedimiento, por haber omitido la Mesa de Contratación el trámite esencial exigido por el artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este artículo establece que una vez se haya determinado la proposición de precio

más baja ha de invitarse necesariamente a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas.

2.- INFORMES

INFORME 12/09 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Formalización de un convenio con una sociedad mercantil cuyo capital no corresponde íntegramente al sector público

El Informe en un primer momento descarta la aplicación de **la doctrina de los medios propios** (doctrina Teckal recepcionada en la LCSP en el art. 24) ya que esta doctrina en nuestro derecho interno queda circunscrita a los contratos de obras, servicios y suministros pero no así a los contratos de gestión de servicios públicos (no puede ser de otra manera ya que estos contratos no existen como tal en el derecho comunitario), luego por tanto la vía para solucionar la consulta la canaliza por el **art. 15 de la Ley 30/1992** relativo a la encomienda de gestión.

Acto seguido analiza si resulta factible encomendar por la vía del art. 15 de la ley 30/1992 (encomienda de gestión) la explotación de un servicio público a una entidad que reviste forma jurídico-privada y contesta que no, y dice literalmente que “a los efectos de determinar si es o no aplicable la legislación de contratos del sector público resulta irrelevante el hecho de que el capital social de la entidad esté o no participado en su totalidad por una Administración Pública, toda vez que el artículo 15 de la ley 30/1992 no vincula la exigencia de aplicación de la normativa de contratos públicos al hecho de que el ente tenga o no participación mayoritaria o totalmente pública, sino a la circunstancia de que su naturaleza sea de ente público o jurídico privado”.

De acuerdo con este planteamiento, **la existencia de una sociedad mercantil (forma jurídico-privada) con capital totalmente público para la gestión de un servicio público no puede ser objeto de encomienda de gestión (art. 15 de la Ley 30/1992), así como tampoco cabría invocar la doctrina de los medios propios de la LCSP (art. 24 de la LCSP), por lo que habría que concluir que estamos ante un supuesto de gestión directa**

al margen de la LCSP en aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo del art. 8 de la LCSP por el cual “las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato (contrato de gestión de servicios públicos) no serán aplicables a los supuestos en que (...) la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

INFORME 16/2009, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA

Disquisiciones sobre el recurso especial en materia de contratación y las entidades no Administración

Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la LCSP de cuantía igual o superior a 206.000 euros, IVA excluido, están comprendidos dentro de los contratos susceptibles de admitir el recurso especial en materia de contratación.

Por otra parte, este tipo de contratos, cuando sean celebrados por entidades que no tengan la consideración de administración pública serán contratos privados no están sujetos a regulación armonizada (servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II de la Ley, cuyo valor estimado sea igual o superior a 206.000 euros (artículos 13, 15 y 16 de la LCSP), luego entonces según el art. 21, la jurisdicción competente para conocer de todas las cuestiones relacionadas con la preparación y adjudicación sería jurisdicción del orden civil.

Pregunta ¿entonces qué tipo de recurso cabría interponer contra la resolución del recurso especial en materia de contratación de un contrato de este tipo celebrado por una entidad que no es administración? A juicio de la Junta Consultiva de Cataluña el recurso procedente no puede ser otro que el recurso contencioso-administrativo.

El siguiente interrogante ¿en este caso de las entidades, organismos... que no tienen la consideración de administraciones públicas, deben someterse también al sistema de doble adjudicación, provisional y definitiva?

La razón de ser de esta pregunta estriba en que, si bien es cierto que el art. 37 se refiere a los poderes adjudicadores (sean o no administración), **los artículos 121 y el 175 cuando se refieren al conte-**

nido de las instrucciones internas de estos entes no incorpora mención alguna a la existencia de la adjudicación provisional (que es uno de los actos merecedores del recurso especial)

La Junta Consultiva entiende que ante el hecho que la adjudicación provisional es uno de los actos susceptible de recurso especial en los contratos de servicios de las categorías mencionadas, **considera conveniente incluir en las instrucciones internas para estos contratos, cuando menos, el acto de adjudicación provisional** o un acto equivalente que permita la interposición del recurso especial, con respeto a los requisitos y las condiciones establecidos en el artículo 37 de la LCSP. *Texto completo:* <http://www.gencat.cat/>

Informe 29/2008 de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón

Resulta admisible que un licitador utilice medios de otras entidades para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica y financiera

En este informe se analiza el contenido del art. 52 de la LCSP, según el cual: “*Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medio*”.

La cuestión objeto de análisis estriba en determinar si en base a dicho artículo se puede acreditar la solvencia, tanto la económica y financiera como la técnica y profesional recurriendo para ello a medios de acreditación personalísimos como la declaración de entidad financiera o la experiencia para la solvencia profesional o técnica.

La Junta considera a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria que resulta admisible que un licitador utilice medios de otras entidades para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica y financiera. Cualquiera de los medios de acreditar la solvencia son susceptibles de ser integrados con la capacidad de otra entidad distinta al licitador, siempre que quede acredita-

do que dispondrá de ellos si resultara adjudicatario del contrato. **Texto completo:** <http://portal.aragon.es>

INFORME 13/2009 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía

Acción directa subcontratista versus administración

En algunos foros se habla de **la posibilidad de que el subcontratista pudiera ir contra la Administración por la vía del 1597 del CC**. Pues bien, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en un informe de 3 de noviembre ha establecido que no es posible. La Comisión es clara y va en la línea de que la Ley de Contratos del Sector Público es tajante en su art. 210.4, y sólo se puede ir frente al contratista no frente a la Administración, luego nada de acción directa por vía del 1597.

INFORME 33/2009, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

El procedimiento negociado sin publicidad y la admisión de ofertas presentadas por empresas no invitadas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 33/09, de 1 de febrero de 2010, analiza la cuestión de si en el marco de un procedimiento negociado, empresas que no han sido invitadas pueden presentar ofertas. El argumento es el siguiente: "*Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la Ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, sólo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características, incluida su escasa entidad cuantitativa, o por las características del mercado.*

Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a tres empresas capaci-

tadas para la realización del objeto, excluyendo solamente el caso en que no sea posible efectuar, ni siquiera las tres invitaciones.

Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados. Este y no otro es el sentido que debe darse a la obligación impuesta de que, siendo posible, se invite al menos a tres empresarios, por considerar que tres es un número suficiente para celebrar una licitación con transparencia y más podría resultar excesivamente complejo desde el punto de vista práctico.

Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas."

PROPIEDAD INTELECTUAL

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 16 de octubre de 2009

Reclamación de indemnización a una clínica por comunicación pública no autorizada de obras gestionadas por una Entidad de Gestión colectiva de derechos de autor

Desestimada la demanda planteada por una Entidad de gestión colectiva de derechos de autor contra una clínica en reclamación de una indemnización por comunicación pública no autorizada de obras gestionadas por aquélla en las habitaciones del centro sanitario a través de las televisiones. El fallo se sustenta en la ausencia de la cualidad de "pública" de la comunicación efectuada, y para ello hace descansar todo su argumento sobre la relación de sujeción o dependencia clínica precep-

tiva, que por razón de indicación médica, provoca el traslado forzoso del ámbito de desenvolvimiento personal del paciente, desde su entorno habitual a la habitación de un centro hospitalario. Se está así ante una subrogación real locativa provocada por superiores razones médicas que justifica el mantenimiento del propio régimen jurídico aplicable al ámbito doméstico singular. Además también trae a colación otro argumento, el de la ausencia de la nota connatural a todo acto de explotación patrimonial como es el ánimo de lucro.

“Tales diferencias, en definitiva, fundan la consideración, en el presente caso, de ausencia de la cualidad de “pública” de la comunicación efectuada o favorecida por la colocación de aparatos de TV en las habitaciones de hospital o clínica, entroncada con la apreciación de identidad sustancial de destinatarios, que cualifican el “ámbito estrictamente doméstico” en que, necesariamente y por prescripción médica, se desarrolla o acontece la comunicación indicada, que por lo mismo, se reputa autorizada legalmente, o como acto de mera recepción de eventuales contenidos protegidos no sujetos a autorización previa o ad hoc al caso.

Como consecuencia de lo anterior, en aplicación de lo dispuesto en los arts 17, 20 y concordantes de la Ley de Propiedad Intelectual, y otros aludidos, así como a las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales referidas, la demanda origen de autos debe ser desestimada.

La sentencia objeto de comentario resulta de gran importancia ya que pese a tratarse de un juzgado, es la primera que se pronuncia sobre la cuestión de los televisores en los centros hospitalarios y a favor de los intereses de la Administración. No olvidemos los recientes pronunciamientos del TS (16 de abril de 2007 y 15 de enero de 2008) y la STJUE de 7 de diciembre de 2006 sobre la interpretación de lo que hemos de entender por acto de comunicación pública y la nula relevancia que merece a juicio de nuestro Alto Tribunal el carácter público o privado del lugar en el que se produce la comunicación, como posible argumento en el que escudarse frente a las pretensiones de las entidades en defensa de los derechos de autor.

Este criterio ha sido compartido también por la sentencia de 24 de marzo de 2010 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Zaragoza, en la que se llega a

justificar la desestimación de la demanda interpuesta por la SGAE contra una clínica privada, invocando el supuesto valor terapéutico que para los pacientes ingresados tiene la televisión “*que puede considerarse parte de esa terapia destinada a mitigar el sufrimiento o la ansiedad que se deriva de la enfermedad y de la situación hospitalaria*”.

SEGURIDAD SOCIAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 14 de octubre de 2009

Compatibilidad entre la pensión de invalidez y la realización de una actividad profesional retribuida

El TS reconoce a una trabajadora social su derecho a seguir percibiendo íntegramente la pensión de gran invalidez, que había sido suspendida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y concluye que es posible que personas afectadas en algún grado por invalidez realicen trabajos ajustados a su capacidad, sin perder por ello su derecho al cobro de la pensión. Según nuestro Alto Tribunal “*Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa a quienes se encuentran en situaciones de invalidez Permanente Absoluta o Gran Invalidez, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa en el indicado marco de actividades sedentarias un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida*”, todo ello según la interpretación de lo que dice el art. 141.2 LGSS.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1.- PROYECTOS Y DISPOSICIONES NORMATIVAS DE INTERÉS

A) EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y LA LCSP

1.- Régimen de modificación de los contratos públicos .

a) Desde el punto de vista conceptual:

Se recogen reglas aplicables por igual a todo contrato incluido en la órbita de la LCSP para que se puedan modificar (lo que comportará inexorablemente la modificación del art. 21.2,a no ser que se quiera que el juez civil se pronuncie sobre la aplicación en fase de ejecución de reglas propias del derecho administrativo)

b) Desde el punto de vista de derecho sustantivo:

Según el anteproyecto para que pueda tener lugar la modificación de un contrato es preciso que así se haya hecho constar de forma expresa en los pliegos y en el anuncio, o caso contrario que dicha modificación no altere las condiciones esenciales de la adjudicación y no sobrepase el % del 20%

Se elimina la posibilidad de resolución del contrato a instancias del contratista cuando la modificación supere el 20%, incluso aunque se trate del primer supuesto, esto es, aquél en el que se ha indicado previamente la posibilidad de la modificación, único caso en que se podría ir más allá del 20%. En definitiva, siempre obligatoria.

A cambio se introduce un nuevo supuesto de resolución contractual, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuar ejecutando la prestación en estos términos y sin que sea posible modificar el contrato.

c) Desde el punto de vista del procedimiento:

También hay cambios relevantes ya que la intervención preceptiva del Consejo de Estado se producirá cuando el importe de la modificación supere el 10% (ahora es del 20%), lo que parece lógico por que caso contrario, sólo podría conocer de los casos de modificación no prevista en pliegos que por definición nunca podrá ir más allá del 20%.

Igualmente se deberá emitir el preceptivo dictamen en caso de modificación contractual si el contratista manifiesta su oposición (el art. 195 de la Ley, lo limita el alcance de la oposición del contratista a los supuestos de interpretación, resolución y nulidad del contrato para que resulte preceptiva la intervención del Consejo Consultivo) aunque cabe plantearse una interrogante y es que si el ejercicio de la prerrogativa de modificación va a ser obligatoria para el contratista ¿Qué relevancia tiene la oposición del contratista?

2.- Dos cuestiones importantes en relación con **la colaboración público-privada**:

- a) El contrato de colaboración público-privada deja de ser contrato administrativo ya que permite la posibilidad que también lo puedan celebrar las Entidades públicas empresariales, que no son administración según la LCSP.
- b) Regula lo que ya viene diciendo el TJUE (las referencias jurisprudenciales las podéis ver en el nº anterior de la revista de la AJS, en la sección de jurisprudencia comentada) en esta materia, a saber la posibilidad de encomendar directamente a una sociedad de economía mixta un contrato (algo inaudito hasta hace un par de años en derecho comunitario) pero siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la ley de contratos para la adjudicación del contrato. Pero es que además esta fórmula se predica de cualquier tipo de contrato, esto es, se le puede encomendar a esta sociedad de economía mixta la ejecución de cualquier contrato público (actualmente como es conocido solo es posible la sociedad de economía mixta como variante del contrato de gestión de servicio público)

B) COMENTARIOS Y ASPECTOS MÁS DESTACADOS DEL PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA LCSP PARA SU ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA COMUNITARIA

BLOQUE DE INVALIDEZ DE CONTRATOS

I.- Supuestos especiales de nulidad

Se regulan una serie de supuestos especiales de nulidad que se predicen de forma monográfica respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Dos son las causas:

- a) **falta de publicación del anuncio de licitación** en el DOCE cuando fuese preceptiva dicha publicación (entendemos claro está que sí ha habido en cambio publicidad en los restantes diarios oficiales)

Ahora bien, la propia ley excepciona la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho para este caso concreto si concurren tres requisitos conjuntamente:

a) que según el criterio del órgano de contratación fuese un supuesto de exención legal de publicidad (esta excepción no parece que vaya a ser muy operativa pues habrá que entender que el órgano de contratación siempre dirá que así lo entendía él).

b) que publique en el DOCE un “anuncio de transparencia previa voluntaria” que debe reunir unos requisitos mínimos.

c) Que el contrato no se haya “perfeccionado” hasta que hayan transcurrido diez días hábiles a contar desde el siguiente al de la publicación del anuncio.

Ojo respecto de este último apartado: con la nueva ley el perfeccionamiento del contrato ya no se produce con la adjudicación sino con la formalización,.

b) Cuando **no se ha respetado el nuevo plazo fijado para la formalización del contrato** (15 días hábiles), y siempre que, a consecuencia de este incumplimiento se haya privado al licitador de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación o que pese a haberlo interpuesto, se llevó a cabo la formalización del contrato pasándose por el forro la suspensión automática.

Por último, hay **otros dos supuestos especiales de invalidez** que aglutinan a contratos sujetos a regulación armonizada cuando su adjudicación se haya basado en:

a) **acuerdo marco** con varios empresarios y haya incumplimiento de las normas sobre el procedimiento de adjudicación.

b) **sistema dinámico de contratación** en el que estuviesen admitidos varios empresarios y se hubieren incumplido las normas establecidas en el art. 186.

Estos dos supuestos también admiten una excepción (como sucedía con el primero de los supuestos comentados) para que no se aplique la nulidad de pleno derecho :

a) que se haya notificado la adjudicación a todos los licitadores.

b) que el perfeccionamiento del contrato no haya tenido lugar hasta haber transcurridos 15 días hábiles desde el siguiente a la remisión de la notificación

¿Qué **efectos** se derivan de la declaración de nulidad por tales causas?

Las mismas que para cualquier contrato nulo de pleno derecho. Ahora bien, se puede acordar el mantenimiento de los efectos del contrato por parte no del órgano de contratación sino del órgano competente para declarar la nulidad siempre que concurren razones de interés general

En los casos de sustitución de la declaración de nulidad (parece que el proyecto de ley se confunde, porque la declaración de nulidad ya se habría producido y lo que se regularía en este nuevo artículo 38 son los efectos, luego será la sustitución de los efectos de la declaración. Aún así qué duda cabe que estamos ante una versión de la configuración típica en derecho administrativo de lo que representa la nulidad radical o de pleno derecho) se pueden imponer una serie de sanciones alternativas, pecuniarias (multas al poder adjudicador, indemnización por el lucro cesante) y la reducción proporcionada de la duración del contrato, y todo ello amén de la “responsabilidad disciplinaria”.

II.- CUESTIÓN DE NULIDAD

Pero no hay derecho material sin derecho formal, acción sin procedimiento, y por ello el nuevo proyecto de ley regula en su art. 39 la interposición de la cuestión de nulidad.

¿Qué es?

Bueno pues parece claro que no es una revisión de oficio, y se interpone ante el órgano independiente constituido expresamente para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación.

Ahora bien, esta cuestión y el recurso son incompatibles entre sí de modo que si tiras de la cuestión de nulidad no vengas luego con el recurso especial en materia de contratación sobre este mismo acto.

Legitimación: en los términos del art. 32 de la Ley 30/1992 (titulares de derechos subjetivos y titulares de intereses legítimos)

Plazo:

Hay dos plazos:

a) **30 días hábiles** a contar desde la publicación de la adjudicación (pensando claro está en el supuesto en que se adjudica el contrato sin la publicación del anuncio de licitación en el DOCE) o desde la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición

b) Restantes casos, antes de que transcurran **6 meses** a contar desde la formalización del contrato.

¿se podrá utilizar este último plazo para los casos en que se haya pasado el plazo de los 30 días hábiles?

Tramitación de la cuestión de nulidad: sigue el mismo procedimiento que el recurso especial en materia de contratación con algunas salvedades en el tema de los plazos, ya que en este caso los plazos de los que dispone el órgano de contratación tanto para formular alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares como en relación con el plazo para la remisión del expediente, se elevan a 7 días hábiles.

Recordemos que la propia ley contempla la posibilidad de acordar la sustitución de los efectos de la nulidad por unas sanciones alternativas, pues bien ahora es el momento de solicitar la aplicación de las sanciones alternativas, bien en la resolución misma de la cuestión de nulidad, bien si se ha pasado, en el trámite de ejecución de la resolución.

Régimen de recursos contra la resolución que resuelve el procedimiento de cuestión de nulidad cabe interponer los mismos tipos de recursos que los que admita “*la resolución dictada resolviendo sobre el fondo*” ¿Cuál es ésta? (art. 39 del anteproyecto último apartado)

III.- EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

I.- Lo primero que yo destacaría antes de nada es que ahora este recurso especial tiene **carácter potestativo** a diferencia de lo que dice el art. 37 de la LCSP. Es decir con la redacción original el acto no recurrido deviene firme e inatacable, pero ahora al ser potestativo las cosas cambian, ya que con tal modificación los actos susceptibles de ser recurridos a través de este recurso sí que deberían poner fin a la vía administrativa de forma análoga a como sucede con el potestativo de reposición ordinario. La cuestión estriba en que en materia de contratación los actos que pueden poner fin a la vía

administrativa pueden ser bien por razón de la materia (ejercicio de prerrogativas) o bien por razón de la autoridad de la que dimanen (por ejemplo los ministros o secretarios de estado), ¿en qué opción quedan entonces actos como la aprobación de los pliegos, por ejemplo?.

II.- En segundo lugar se precisa la autoría de los entes de los que pueden derivar los actos susceptibles de recurso especial, la administración y los poderes adjudicadores.

III.- Respecto de los actos que admiten el recurso yo destacaría la ampliación al anuncio de licitación así como la extensión de la calificación de actos de trámite susceptibles de impugnación a los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores.

IV.- Se contempla un único supuesto en el que cabe la posibilidad de que previamente a la interposición de este recurso se pueda interponer un recurso ordinario pero sólo si las Comunidades Autónomas así lo acuerdan. De ser así, la interposición de este otro recurso previo al especial tendrá como efecto característico, la suspensión de la ejecución de los actos de adjudicación cuando hayan sido éstos los actos impugnados.

V.- Órgano competente para resolver:

En la AGE un órgano especializado como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales integrado por funcionarios con experiencia en Derecho Administrativo superior a 15 años.

Las Comunidades Autónomas pueden constituir el suyo o adherirse al estatal.

VI.- Medidas Provisionales:

Se destina todo un artículo a la regulación de las medidas provisionales previas al inicio del procedimiento administrativo derivado de la interposición del recurso especial.

VII.- Inicio del procedimiento del recurso especial:

a) Obligatoriedad de anunciarlo previamente mediante un escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo. Se tiene que presentar ante el órgano de contratación (no ante el competente para resolver el recurso especial) y en el mismo plazo que el previsto para la interposición del recurso especial.

Este trámite previo es importante porque a la hora de interponer el recurso especial debes aportar entre la documentación preceptiva el justificante de haber dado cumplimiento a este trámite y si no lo haces no se dará curso a tu recurso aunque se admite, por supuesto, el trámite de la subsanación.

b) La presentación del escrito de interposición del recurso lo será obligatoriamente bien ante el registro del órgano de contratación o bien en el órgano competente para su resolución

c) el plazo son **15 días hábiles** contados a partir de la notificación del acto, aunque el cómputo de este plazo experimenta algunas modificaciones según cuál sea el acto que se pretenda impugnar. Así, si es el anuncio de licitación pues entonces el cómputo será a partir del día siguiente al de la publicación.

d) Efectos: La **suspensión automática “ex lege” siempre que el acto impugnado haya sido el de la adjudicación** (ya no distinguimos entre la adjudicación provisional y la definitiva por que sencillamente esta distinción desaparece)

e) **Tramitación:**

El mismo día que se interpone el órgano competente para resolver reclama el expediente al órgano de contratación que lo tiene que remitir en un plazo de 2 días hábiles, y si el recurso se interpuso ante el mismo órgano autor del acto, pues entonces éste debe remitir el recurso, el expediente y el informe correspondiente.

En los 5 días hábiles siguientes a la interposición del recurso se da traslado a los interesados que a su vez tienen otros 5 días hábiles para formular alegaciones, y simultáneamente al trámite de audiencia, el órgano independiente tiene que resolver en otros 5 días hábiles sobre las peticiones de medidas cautelares, y además en este mismo plazo se debe pronunciar sobre la suspensión automática a la que ya me he referido.

Período probatorio.

Dos observaciones: la primera que se articule este trámite con posterioridad a la cumplimentación del trámite de audiencia, que es el último trámite procedimental antes de redactar la propuesta de resolución.

En segundo lugar señala que este trámite probatorio se abrirá cuando el órgano encargado de la

resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija (todo igual que la Ley 30/1992) o bien “*cuando los interesados lo soliciten*”, algo que no se contempla en el procedimiento administrativo común en el que, los actos de instrucción se practican de oficio (art. 78 de la Ley 30/1992)

Resolución

Plazo de 5 días hábiles siguientes a la cumplimentación de los trámites correspondientes. Por cierto, no fija un plazo máximo para dictar y notificar la resolución.

La resolución será inmediatamente ejecutiva. Imagino que en el caso de haber transcurrido el plazo de los 15 días sin haber interpuesto el recurso especial de contratación, el acto que no se impugnó y que se quiere recurrir ante el contencioso-administrativo sería igualmente ejecutivo aunque no lo diga el proyecto de ley.

Contra esta resolución cabe la interposición de recurso contencioso, incluso en el caso de tratarse de poder adjudicador que no sea Administración Pública (se modifica también el art. 21.1 de la LCSP).

La cuestión que queda pendiente de resolver y sobre la que no dice nada el proyecto de ley es ¿y si el que desea impugnar la resolución fuese el órgano de contratación? Parece lógico pensar que en tal caso habría que seguir los trámites del art. 103 de la Ley 30/1992, pero ¿quién declara la lesividad, el órgano de contratación o el órgano que ha dictado el acto? Parece que deba ser el que dicta la resolución del recurso, ¿no?

OTRAS MODIFICACIONES INTERESANTES

I.- LA FORMALIZACIÓN

El contrato se perfecciona con la formalización (art. 27), lo que rompe con la tradición de que el perfeccionamiento tenía lugar con la adjudicación. Ello trastoca por ejemplo la consideración de que el la formalización del contrato es simplemente un requisito “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*” como venía diciendo la jurisprudencia.

En sintonía con este cambio tan profundo desaparece como causa de resolución contractual la falta de formalización del contrato.

II.- REGIMEN DE GARANTÍAS

La nueva regulación que efectúa el proyecto de ley mejora respecto de la regulación actual en la que se producen algunas paradojas como que la no formalización del contrato (que tiene lugar tras la adjudicación) comporta la incautación de la garantía provisional (no la definitiva que sería lo aconsejable).

El proyecto de ley señala que la garantía provisional del licitador se retiene hasta que constituya la definitiva, y si luego no formaliza, lo que se produce es la incautación de la garantía definitiva por el importe de la garantía provisional que en su caso se hubiese exigido.

III.- TRAMITACIÓN DE URGENCIA

Se elimina la posibilidad que existe ahora de que se pueda iniciar la ejecución del contrato incluso aunque el contrato no se hubiese formalizado pero hubiese constituido garantía

En segundo lugar destaca que la aplicación de esta tramitación de urgencia también va a reducir a la mitad no ya solo los plazos para la licitación y la adjudicación, sino también el plazo para la formalización del contrato.

IV.- PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

Se añade ahora la necesidad de que figure una dirección de correo electrónico en la que efectuar las notificaciones

Además, y en relación con el requerimiento al licitador para que presente los documentos justificativos en el plazo de 10 días hábiles, se incluye también la mención a que se autorice por parte del propio interesado al órgano de contratación para que sea éste el que recabe directamente la documentación de la Administración de Seguridad Social.

V.- ADJUDICACIÓN Y COMUNICACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN

La adjudicación del contrato debe publicarse en el perfil del contratante y además notificarse simultáneamente a los interesados con el contenido míni-

mo que detalla ahora el proyecto de ley, entre otras indicará el plazo para la formalización del contrato, y que se podrá realizar dicha notificación por medios electrónicos a tenor de dispuesto en la Ley 11/2007, pero con una particularidad muy importante, y es que en tal caso, y a los efectos previstos en el art. 59.4 de la Ley 30/1992 el plazo será de 5 días y no el de diez días naturales de la Ley 30/1992.

Pero la publicación no se agota con la inserción de la adjudicación en el perfil y su notificación a los interesados sino que además hay que efectuar una segunda publicación en este caso de la formalización del contrato (no la adjudicación como hasta ahora)

Plazo para la formalización:

- a) Si el contrato es susceptible de recurso especial entonces no se puede llevar a cabo antes de que transcurra un plazo de 15 días hábiles (lógico). En este supuesto, y transcurrido este plazo se requiere al adjudicatario para que en un plazo no superior a 5 días proceda la formalización del contrato. Este mismo proceder también será el que se tenga que realizar si se hubiese interpuesto el recurso especial con suspensión automática del acto de adjudicación, cuando el órgano competente para resolver hubiese levantado la suspensión.
- b) En los restantes casos el plazo para la formalización no puede ir más allá de los 15 días hábiles siguientes a aquél que en que se reciba la notificación de la adjudicación

En los casos de contratos adjudicados en el seno de un acuerdo marco y en los sistemas dinámicos de contratación la formalización del contrato no precisa de plazo de espera alguno.

C) RD 38/2010 POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE COLABORACIÓN DE LAS MUTUAS DE AT/EP

El RD 38/2010 por el que se modifica el reglamento de colaboración de las Mutuas tiene algunos aspectos interesantes, y en particular la redacción que se da al art. 12 del RD1993/1995 en relación con los servicios sanitarios y recuperadores de las Mutuas:

- a) su utilización, en cuanto están destinados a la cobertura de prestaciones integradas en el SNS, deberá estar coordinada con los de las administraciones públicas sanitarias
- b) posible concertación con otras mutuas o con las administraciones sanitarias cuando carezcan de los recursos propios para hacer efectivas las prestaciones sanitarias y recuperadoras, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la **Ley 30/2007**
- c) En sentido inverso, las mutuas podrán concertar la utilización de sus instalaciones sanitarias por parte de otras mutuas y de las administraciones sanitarias públicas, de conformidad con la **LCSP**.

Esta última previsión merece una lectura más amplia, pues la contratación, por ejemplo, de las instalaciones de rehabilitación de una Mutua exigiría articular un procedimiento administrativo de contratación, cuando, en cambio, existen informes al respecto que canalizan estos supuestos por la vía de los convenios de colaboración y en particular por la vía de los convenios de adhesión (por supuesto al margen de la LCSP). En este sentido resulta ilustrativa la lectura del prolijo y exhaustivo **Informe 8/2009 de la JCCA de Canarias** publicado en esta Revista.

D) DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL RD POR EL QUE SE REGULA EL RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS DE ESPECIALISTA EN CIENCIAS DE LA SALUD A LOS EXTRANJEROS NO PERTENECIENTES A LA UE.

Este reglamento pretende regular las condiciones y el procedimiento para el “*reconocimiento*” (no ya homologación) de los títulos extranjeros obtenidos en Estados no miembros de la UE, y de este modo atribuirles los mismos efectos profesionales que al título español correspondiente de especialista en Ciencias de la Salud.

Llegados a este punto, resulta de gran interés la aclaración que hace el Consejo de Estado sobre la derogación del art. 18.2 de la LOPS. El citado precepto como es sabido ha sido derogado por la Ley 25/2009, y dicho precepto establecía que el reconocimiento de títulos de especialista tendrá efectos profesionales pero no académicos. La ausencia de efectos académicos por parte de los títu-

los de especialista, que no son títulos académicos ya que no otorgan grado ni nivel académico, ha sido la causa de que se haya procedido a su derogación, y el reglamento se ha hecho eco de esta derogación y tan solo contempla los únicos efectos que se pueden derivar de esta clase de títulos, los profesionales.

Desde la perspectiva del **ámbito subjetivo de aplicación**, la norma se aplica a quienes ostenten un título extranjero de especialista en Ciencias de la Salud obtenido en un Estado no miembro de la UE (los títulos comunitarios se rigen por lo dispuesto en el RD 1837/2008).

El **procedimiento** debe resolverse en un plazo máximo de 6 meses por el Ministerio de Sanidad y Política Social (no ya el Ministerio de Educación) previa valoración por un comité de expertos, cuya intervención tendrá lugar en dos momentos distintos de la tramitación del procedimiento:

- a) En relación con el grado de equivalencia entre la formación adquirida por el interesado y la exigida en España
- b) En relación con las evaluaciones realizadas por el supervisor designado por la Comunidad Autónoma donde se hayan realizado las prácticas o la formación complementaria, o la prueba teórico-práctica según proceda.

Precisamente la determinación de la Comunidad Autónoma en la que interesado tendrá que realizar los períodos de ejercicio profesional en prácticas y de formación complementaria, corresponderá al Ministerio de Sanidad, y las prácticas o la formación complementaria podrán realizarse en un centro sanitario del Servicio de Salud, concertado o privado. En todo caso es la Comunidad Autónoma la que debe acotar en el tiempo la duración del programa formativo o de prácticas profesionales.

2.- INFORMES Y DOCUMENTOS DE COLEGIOS PROFESIONALES

A) INFORME DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACÉUTICOS SOBRE EL PAPEL DE LOS PROFESIONALES FARMACÉUTICOS EN LA PRÁCTICA DIARIA EN RELACIÓN CON LA FARMACOVIGILANCIA

El Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos ha publicado un informe sobre el papel que desempeñan estos profesionales en la práctica diaria en relación con la farmacovigilancia, y en el que hace un breve recorrido por las principales disposiciones normativas en relación con este asunto, desde la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias, pasando por la Ley 29/2006 de uso racional del medicamento hasta el RD 1344/2007, de 11 de octubre, que regula el desarrollo de la farmacovigilancia en España, y su “disposición hermana”, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, que reglamenta el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. En dicha norma reglamentaria (el RD 1344/07) se regulan con mayor grado de detalle los deberes de los profesionales sanitarios a la hora de notificar las reacciones adversas por errores de medicación.

B) DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA OMC SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La OMC establece una serie de pautas a seguir por parte de los médicos que por motivos de imperativo ético se vean obligados a objetar ante determinadas prácticas médicas, entre las que se cita la IVE, la contracepción, terapias con células madre embrionarias, eutanasia, rechazo y demanda de tratamientos o alimentación forzada de reclusos en huelga de hambre.

La Organización colegial pese a la indefinición normativa existente en nuestro Ordenamiento Jurídico respecto de la objeción de conciencia, ha preferido avalar las decisiones de sus colegiados por entender que “existe hoy un amplio acuerdo en considerar el derecho a la OC como un derecho constitucional autónomo, individual y fundamental; como una manifestación genérica del derecho a la libertad de conciencia de los individuos, recogido en el art. 16 de la CE. La OC supone una especificación de dicho derecho, cuando el sujeto entra en conflicto con deberes jurídicos contrarios a ella.”

Por el contrario el TS en su reciente sentencia de 11 de mayo de 2009 declara que la OC no es un derecho general reconocido en la CE ni deriva del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa, con dos únicas salvedades, la objeción del art. 30 de la CE y la objeción reconocida por el TC a los profe-

sionales sanitarios para los casos de interrupción voluntaria del embarazo.

La vigente LO 2/2010 ha dado carta de naturaleza al derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que estén directamente involucrados en la práctica de la intervención.

Sin embargo el hecho de que la citada ley orgánica supedita el ejercicio de este derecho a la cumplimentación de una serie de trámites formales (debe manifestarse con antelación y siempre por escrito conforme a lo previsto en el art. 19.2), plantea algunas interrogantes que evidencian el carácter polémico de su verdadera naturaleza jurídica ¿Qué sucederá en los casos en que no se haya podido formular semejante declaración de voluntad? ¿Cabría el ejercicio de esta “objeción de conciencia sobrevenida” al margen de los requisitos formales exigidos por la ley? Según el criterio defendido por la declaración de la OMC, es evidente que ningún factor de índole formal o procedimental podría dificultar el ejercicio de lo que interpretan es un derecho fundamental, y por ende, habría que admitir cualquier expresión de voluntad en este sentido exteriorizada por un profesional sanitario, criterio éste que no parece coincidir con el de nuestro legislador. **Texto Completo:** <http://www.cgcom.org/>

C) DOCUMENTO DE LA OMC SOBRE AGRESIONES MÉDICAS

Ante el problema de agresiones que sufren los profesionales sanitarios, y considerando que solo con una sólida relación médico-enfermo puede realizarse una atención de calidad, La Organización Médica Colegial ha elaborado un documento en el que enumera y ordena adecuadamente la actuación de las partes implicadas en una agresión, aportando una recomendaciones para los médicos, los colegios, los centros y al usuario del sistema sanitario. **Texto Completo:** <http://www.cgcom.org/>

3.- ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN SANITARIA

A) EL EJERCICIO DE LA MEDICINA DE ATENCIÓN PRIMARIA EN ESPAÑA. ANTECEDENTES, SITUACIÓN ACTUAL Y CRITERIOS PARA SU DESARROLLO FUTURO

Documento elaborado por el Sindicato de Médicos en el que se hace un repaso a la evolución que ha experimentado la atención primaria en nuestro país desde la aprobación del RD 137/1984 así como el desarrollo que ha tenido la especialidad de medicina familiar y comunitaria. A continuación describe los principales problemas que se advierten en la actualidad en este nivel asistencial tanto a nivel de gestión organizativa (en particular la coordinación con los servicios de atención especializada) como desde la perspectiva de los recursos humanos, en particular lo que el informe considera trato discriminatorio que vienen recibiendo los profesionales sanitarios que desarrollan su actividad en este nivel asistencial. **Texto Completo:**

<http://www.actasanitaria.com/>

B) DILEMAS DE ORGANIZACIÓN DE LOS CENTROS SANITARIOS. LA ALTERNATIVA DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO

En el siguiente artículo el autor señala que es necesario avanzar hacia diseños organizativos donde prime una cultura de confianza que haga posible la transferencia de derechos de decisión a los microsistemas y la participación y el desarrollo de herramientas evaluativas de procesos y resultados, implicando en la misma como agentes clave a los propios usuarios que asumirían un rol subsidiario de naturaleza social y de ciudadanía. **Texto Completo:** <http://www.medicosypacientes.com/>

C) EL FUTURO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: LA VISIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

En este estudio prospectivo resultado de la colaboración entre la Fundación Salud, Innovación y Sociedad y el Institut d'Estudis de la Salut del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, queda plasmada la visión de los profesionales de la salud sobre la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y los retos del "profesionalismo" en el nuevo siglo. **Texto Completo:** <http://www.fundsis.org/>

D) GUÍA DE PRÁCTICA CLÍNICA DE INTERVENCIONES PSICOSOCIALES EN EL TRASTORNO MENTAL GRAVE

Esta guía pretende dar respuesta a muchas de las preguntas que plantea la asistencia del día a día con las personas que sufren trastorno mental grave,

las cuales vienen dadas en forma de recomendaciones elaboradas de forma sistemática con la mejor evidencia científica disponible, la experiencia de los profesionales del grupo elaborador de la guía y teniendo en cuenta las necesidades de los usuarios y familiares de las personas que sufren TMG.

Texto Completo: <http://www.guiasalud.es/>

4.- ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE 25 DE FEBRERO DE 2010 SOBRE EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS HOSPITALARIOS OCASIONADOS EN EL EXTRANJERO Y NO PLANIFICADOS. 'TICKET MODERADOR'

Complejo, extenso y muy documentado son algunos de los epítetos para describir las conclusiones del Abogado General sobre un tema tan espinoso como la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE, un espacio político en el que coexisten distintos sistemas de protección de la salud, desde los sistemas más fieles al modelo bismarkiano hasta los modernos Sistemas Beveridgeanos, pasando por aquellos otros en los que se entremezclan notas características de ambos modelos y con fuerte presencia del sector sanitario privado.

Veamos cuál es en este caso el punto/s de fricción entre nuestro SNS y el derecho comunitario

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DE HECHO

Las conclusiones del abogado general de la UE objeto de comentario tienen su origen en el procedimiento tramitado a raíz de la pretensión de un ciudadano francés residente en España y afiliado al sistema español de seguridad social, de que sea el Estado español el que le deba reembolsar el porcentaje de gastos que le hizo abonar Francia en concepto de Ticket moderador (también conocido en España como "copago", y del que ya tenemos algunos ejemplos prácticos por ejemplo en el ámbito de la prestación farmacéutica) por su hospitalización durante su estancia temporal en el país vecino.

La traducción jurídica del supuesto de hecho antes descrito se podría sintetizar en la aplicación de la

jurisprudencia comunitaria sobre el “**complemento de reembolso**”, al que me refiero a continuación, a los casos contemplados en el artículo 22, apartado 1 letra a) del Reglamento comunitario 1408/71 (asistencia sanitaria prestada durante la estancia temporal en territorio de otro estado miembro).

EL COMPLEMENTO DE REEMBOLSO

Para comprender bien el fondo del asunto y no perdernos en otro tipo de disquisiciones hay que conocer qué es eso del “**complemento de reembolso**”, figura de origen jurisprudencial que actualmente deriva del **art. 49 de la CE** y que tiene un carácter adicional respecto de los previstos en los reglamentos comunitarios, de modo que la cobertura de gastos sanitarios ocasionados en otro Estado miembro puede canalizarse a través de estos dos sistemas autónomos, el sistema descrito en los reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social o bien por la vía del art. 49 relativo a la libertad de prestación de servicios.

En efecto frente a los “tradicionales” tipos de reembolso de gastos sanitarios contemplados en **los reglamentos 1408/71 y 574/72** (reembolso entre instituciones y reembolso directo al afiliado en los casos en que la hospitalización se haya llevado a cabo sin dar cumplimiento a las formalidades prescritas), se encontraría este otro tipo de reembolso cuyo anclaje normativo hemos de buscarlo en el mencionado **art. 49 de la CE**, de modo que podemos afirmar como ya he anticipado que la cobertura de los gastos sanitarios ocasionados en un Estado miembro distinto del Estado de afiliación “*está sujeta a un sistema binario en el que la cobertura de esos gastos con arreglo a las tarifas previstas por la legislación del estado miembro en que se sirvieron las prestaciones, establecida en el art. 22 del reglamento 1408/71, coexiste con el derecho, de origen jurisprudencial, al complemento de reembolso con arreglo a las tarifas vigentes en el Estado de afiliación, garantizado en virtud de deas disposiciones del Tratado sobre la libre prestación de servicios*”.

Pues bien, este “**complemento de reembolso**” supone que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización

en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia.

PLANTEAMIENTO DEL DEBATE Y POSTURA DE ESPAÑA

La discrepancia entre el Reino de España y las instituciones comunitarias se centra en que a juicio de nuestro país los términos del debate deben ser fijados con sujeción exclusiva a lo que prevén los reglamentos comunitarios, al margen del art. 49 de la CE, mostrando su oposición a que se amplíe la aplicación del citado precepto a las prestaciones de servicios médicos y sanitarios ya reguladas por el Reglamento 1408/71, y a tal efecto recuerda con acierto que la Directiva de Servicios excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios sanitarios.

Pero es que además toda la jurisprudencia sobre la que se cimenta esta variante del reembolso de gastos sanitarios lo ha sido para casos en los que los tratamientos sanitarios recibidos en el extranjero cuyo reembolso se solicitaba habían sido planificados, mientras que en el presente caso la necesidad de someterse a tratamiento médico surge cuando el paciente ya se encuentra en el territorio de un Estado miembro distinto del de afiliación, a lo que añade las gravosas consecuencias económicas que puede comportar la aplicación extensiva de este reembolso para el Sistema Nacional de Salud.

Así pues en este caso concreto si no se le abonó al interesado las cantidades solicitadas ello se debió a la infracción cometida por el establecimiento francés, que en lugar de facturar a la institución española competente la totalidad de los gastos derivados de la hospitalización del ciudadano francés, como exige el reglamento, dicho establecimiento cargó al paciente una parte de tales gastos en concepto de ticket moderador.

CRITERIO DE LA COMISIÓN Y EL ABOGADO GENERAL

Muy distinta es la posición tanto de la Comisión como del Abogado General para quienes resulta clara la aplicación del art. 49 al caso en cuestión pues entender lo contrario supondría consagrar una situación discriminatoria para el afiliado español que durante su estancia temporal en otro Estado miembro necesite someterse a un tratamiento médico hospitalario que no tenga carácter vital. En tal

supuesto el español puede elegir entre recibir dicho tratamiento en el Estado de estancia o regresar para tratarse en España, opción que ésta que será la que finalmente escogería si prospera la interpretación del Reino de España pues “cuando esta cobertura sea mayor en el Estado miembro de afiliación, el hecho de que éste excluya el reembolso con arreglo a las tarifas aplicadas en virtud de su propia legislación en el caso de tratamientos prestados en el extranjero hace indudablemente menos atractiva la opción de recibir el tratamiento en el Estado de estancia”.

CONCLUSIÓN

Esperemos que el TJUE finalmente desoiga las conclusiones del Abogado General, sobre todo porque no acaba de quedar muy clara la interpretación que se hace de este tipo de reembolso. Si como señala en sus conclusiones, este tipo de reembolso no supone en modo alguno reconocer el derecho al reembolso integral de los gastos, ya que el Estado de afiliación no está obligado en ningún caso a reembolsar más de aquello que, en caso de hospitalización en el territorio nacional o en un establecimiento concertado, habría sido el coste a cargo de las propias instituciones sanitarias, ¿cómo es que el propio Abogado General decide sin más argumentos no tomar en consideración las alegaciones de nuestro país sobre el hecho de que los gastos derivados de la hospitalización del Sr. Chollet superasen en cualquier caso el coste de un tratamiento sanitario análogo prestado en España? (fundamento 60 del documento de las conclusiones)

5.- BIOÉTICA

A) LAS PATENTES Y SUS POTENCIALES ALTERNATIVAS EN BIOMEDICINA

En este artículo se ofrece una perspectiva general del papel de la información técnica en el desarrollo de la innovación y los incentivos necesarios para su creación y a la vez las implicaciones para el sector biomédico. Para ello se presenta en primer lugar el fundamento y la significación del sistema de patentes. En segundo lugar se ofrece un análisis del impacto del sistema de patentes. Por último, se ofrece una reflexión sobre el futuro del sistema de patentes y su relación con la industria farmacéutica y biomédica. *Texto Completo:*

<http://www.fundacionmhm.org/>

B) LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO EN SALUD: NUEVA HERRAMIENTA PARA LA TOMA DE DECISIONES

La Evaluación del impacto en salud es un conjunto de procedimientos, métodos y herramientas que proporciona conocimiento científico sobre los efectos potenciales, positivos y negativos, que una política, programa o proyecto pueden tener sobre la salud, así como la distribución de estos efectos sobre la población. Su objetivo es establecer recomendaciones de acción que protejan la salud. Contribuye también a la lucha contra las desigualdades, puesto que permite conocer los efectos en la salud de los grupos más vulnerables. *Texto Completo:* <http://www.easp.es/>

C) LA ÉTICA Y LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA

Con motivo de la tercera sesión de «Conferencias Josep Egozcue» que organiza anualmente la Fundació Víctor Grífols i Lucas, se invitó a la filósofa Ruth Macklin para plantear algunos de los interrogantes que actualmente inquietan al investigador responsable. El texto de las conferencias es el que se reproduce en las páginas que siguen. En la conferencia introductoria, Ruth Macklin planteó una cuestión: ¿qué importancia tiene la ética para la investigación?, pues los investigadores se enfrentan a una serie de desafíos complicados para mantener la integridad y la coherencia de los tres principios de la bioética. Así, en la segunda conferencia aborda la cuestión de la ética en la investigación multinacional. Es sabido que cada vez existen más ensayos clínicos multinacionales, que se realizan en países con tradiciones culturales y criterios éticos distintos, y también que la industria y los promotores procedentes de los países industrializados tienden a realizar algunas o muchas de sus investigaciones en países en vías de desarrollo. *Texto Completo:* <http://www.fundaciogrifols.org/>

D) RECOMENDACIONES A LOS PROFESIONALES SANITARIOS PARA LA ATENCIÓN A LOS ENFERMOS AL FINAL DE LA VIDA

El Comité de Bioética de Cataluña, ha editado a través de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, este documento mediante el cual quieren que sirva de ayuda a los profesionales que tienen que asistir a

enfermos que están cerca de la muerte, sea cuál sea su disciplina o especialidad. Pretenden que sea útil para ayudar a comprender los valores que están en juego en esta situación y las necesidades básicas principales: la de evitar y combatir el dolor y el sufrimiento y la de atender a las demandas personalizadas en aquello que sea posible. **Texto completo:** <http://www.gencat.cat>

E) COMUNICACIÓN MATERNO-FILIAL EN EL EMBARAZO. INTERRUPCIÓN DE LA COMUNICACIÓN

Las interacciones entre moléculas y los intercambios celulares que se establece entre el hijo y la madre durante la gestación crean una íntima convivencia de dos vidas. La comunicación interpersonal es condición de la vida de cada hombre, imprescindible para que alcance la plenitud personal. Lo originario es lo biológico y sobre la base de la comunicación, inicialmente biológica, cada hombre está abierto a la relación con los demás y lo demás. Mientras el cuerpo del hijo se desarrolla en el cuerpo de la madre se prepara para un último «terminado» que le permite asimilar, e incorporar, el ambiente propio y le capacita la adaptación a su mundo peculiar. En paralelo, el cerebro de la madre se organiza y crea, bien orquestado por las hormonas y factores del embarazo, el complejo y rico comportamiento maternal. **Texto Completo:** <http://www.medicosypacientes.com/>

5.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LOS DICTÁMENES SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA – LA MANCHA

En este trabajo, se desarrolla los distintos elementos que contiene la teoría jurisprudencial denominada “del daño desproporcionado”, en relación con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria y se comentan los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha que recogen dicha teoría como imputación de responsabilidad, emitidos durante el periodo 2004-2007. Esta teoría básicamente, es un criterio jurisprudencial de imputación de responsabilidad patrimonial sanitaria que aplican los tribunales de justicia,

cuando el daño o resultado producido por la actuación de los profesionales sanitarios a las que se reclama, no guarda proporción con el problema que se quería corregir. Mediante una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con la “lex artis ad hoc”. La consecuencia fundamental de su aplicación es que invierte la carga de la prueba. Es decir, en caso de desproporción del daño, se presume que ha habido negligencia médica ó “mala praxis”, salvo prueba en contrario aportada por el facultativo o la Administración correspondiente. En este supuesto, el reclamante de responsabilidad patrimonial, a quien corresponde por regla general, no necesita probar la antijuridicidad del daño, si acredita el resto de requisitos. **Texto Completo:** <http://docm.jccm.es/portaldocm/>

6.- PROFESIONES SANITARIAS

CUALIFICACIONES PROFESIONALES: ODONTÓLOGO

La Comisión Europea ha remitido a España un dictamen motivado sobre su legislación aplicable a la profesión de odontólogo. La Comisión considera que la legislación española no se ajusta a lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, según la cual la profesión de odontólogo debe ser específica y estar diferenciada de la de médico, independientemente de que esté o no especializado en odontoestomatología. **Texto Completo:** <http://europa.eu/>