

La Sostenibilidad de la sanidad turbada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Recibido: Noviembre 2018

Aceptado: Noviembre 2018

Resumen

La sostenibilidad del sistema sanitario gira habitualmente en torno al reto de minimizar costes por el impacto de factores conocidos: el acicate del envejecimiento de la población, las costosas tecnologías y terapias, la inflación específica del material sanitario y de retribuciones de los profesionales de la salud o la creciente sensibilidad ciudadana demandando mayores niveles de servicio sanitario.

Sin embargo, en el sistema sanitario público concurre el mar de fondo de las consecuencias presupuestarias de los errores de gestión pública que se evidencian por sentencias condenatorias de la administración sanitaria dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa y cuya insalvable incertidumbre hacen tambalearse los planteamientos y previsiones presupuestarias.

Por ello se encarece que las Gerencias públicas sanitarias y las autoridades gubernativas reaccionen con su potestad de organización a la vista de las decisiones judiciales para reorientar su forma de gestión, no solo para reparar sino para prevenir.

Palabras clave: gasto, jurisdicción, responsabilidad, eficacia, salud pública, gerencia.

Clasificación JEL: I18.

Abstract

The sustainability of the healthcare system usually revolves around the challenge of minimizing costs due to the impact of known factors: the stimulus of the aging of the population, costly technologies and therapies, (-) specific inflation of health equipment and the remuneration of health professionals or the growing citizen sensitivity demanding higher levels of health service.

However, in the public health system there is the background sea of the budgetary consequences of errors in public management

that are permeated by convictions of the health administration issued by the contentious-administrative jurisdiction and whose insurmountable uncertainty sends budgetary forecasts and approaches into a tailspin.

Therefore it is necessary that public health managers and governmental authorities should react with their organizational power in view of judicial decisions to reconceptualize their management, not only to repair but also to prevent.

Key words: Expenditure, Jurisdiction, Effectiveness, Public health, Management.

JEL Classification: I18.

1. Introducción

El gasto público sanitario no siempre es objeto de decisiones de los poderes públicos estatal o autonómicos, pese al denso entramado de órganos directivos, gestores y consultivos que intervienen en la planificación presupuestaria.

Existen factores discretos de perturbación que proceden del poder judicial, en la medida que sus decisiones avalan o corrigen la gestión sanitaria y que van acompañados del reconocimiento de derechos económicos que zarandean el modelo presupuestario. Especialmente perturbadoras por estar ante un servicio público fuertemente reglado son las sentencias dictadas por el orden contencioso-administrativo.¹

2. La potestad de organización y el modelo de gestión del servicio público sanitario

La potestad de organización del servicio público, pese a su reconocimiento legal y jurisdiccional, no es omnímoda sino que está sometida a la legalidad y a la persecución de los fines de eficacia y eficiencia (art. 31.2 CE).

Tradicionalmente la gestión del servicio público de la salud se ha sometido a dos fórmulas básicas, o bien la gestión directa por la administración o bien la gestión mediante entes instrumentales. Las consecuencias de optar por uno u otro modelo no son triviales, ya que si bien la gestión directa ofrece mayor rigidez, también se produce un control más intenso y continuo de la gestión de recursos y del gasto que comporta; por su parte, la gestión indirecta, mediante organismos autónomos o entes públicos independientes (o incluso consorcios sanitarios y fundaciones públicas) ocasiona rapidez e inmediatez en tiempos de respuesta de servicio pero a costa de un mayor relajo en las técnicas de control.

En la práctica las técnicas de control del gasto público en el campo de la gestión directa giran en torno a la intervención y al viejo instituto del reparo, mientras que en la gestión indirecta se apoyan en el control interno, auditoría y otras técnicas menos invasivas y paralizantes.

También se producen serias consecuencias del cambio de modelo de gestión de sanidad pública desde el burocrático y jerarquizado hacia el de inspiración empresarial, en cuanto a la coexistencia de distintos regímenes de gestión del personal, de cuño estatutario, laboral y funcional, o sobre las singularidades jurídicas de cada opción organizativa (MONTROYA MELGAR, 2000)².

¹ A veces las noticias judiciales negativas para las arcas sanitarias vienen de tribunales no integrados en el poder judicial estatal como cuando se dictó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la sentencia en el asunto C-82/12 (Transportes Besora), por la que declaró contrario al derecho comunitario el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (el conocido como «céntimo sanitario» aplicado a los combustibles, y que pretendía financiar nuevas competencias transferidas a las Comunidades Autónomas en materia sanitaria).

² Cfr. Alfredo Montoya Melgar, «El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud Manuales de Formación Continua» n.º 11, 2000, pp. 97-116.

Sin embargo, el debate actual gira entre el modelo de descentralización con entes públicos personificados o el modelo de externalización acudiendo al concierto, concesión u otra fórmula privada de prestación del servicio. Curiosamente, en tiempos de vacas gordas presupuestarias la crítica se focaliza en el modelo de gestión externalizada para postular mayor centralización, mientras que en tiempo de vacas flacas las acusaciones sobre gasto desahogado, embolsamiento de deuda o costes ineficientes se centran en los entes públicos gestores de la salud por los riesgos de la huida del derecho presupuestario y afloran las demandas de modelos privados, por su mayor contención del gasto.

Pues bien, la primaria decisión administrativa en materia de salud pública consistiría en determinar si es mejor la prestación directa con órgano desconcentrado o la prestación indirecta mediante servicio público personificado. Tal debate está superado por la práctica generalizada de implantación del modelo de descentralización con entes dotado de autonomía. Las dudas afloran sobre si ese servicio instrumental personificado ha de consistir en entes públicos dentro de su variada gama (organismos autónomos, entes empresariales, entes atípicos o incluso fundacionales) o si por el contrario es viable acudir en mayor o menor grado a la colaboración del sector privado mediante el sistema de conciertos o la privatización del servicio público sanitario.³

Sobre todo hemos de tener presente que no existe una fórmula universal de organización que sirva ni para todos los Estados avanzados ni para las comunidades territoriales que los integran.⁴ Ello sin perjuicio de que en el caso español, la reciente vigencia de las Leyes 39/2015 de Procedimiento Administrativo y 40/2015, del Sector Público imponen cauces y trámites uniformes, especialmente electrónicos, así como derechos del ciudadano, y que

³ Los vientos de reforma procedían de los modelos sueco y británico con fortuna en la última década del siglo pasado y que inspiraron el denominado informe de la Comisión Abril, nombrada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en 1990 y que perseguía lograr en el ámbito español una reforma organizativa para que establecimientos y centros sanitarios pudiesen competir entre sí, obteniendo racionalización de costes, mayor eficiencia de los servicios y rebajas de financiación. Para ello se postulaba la reserva del derecho administrativo en la vertiente de financiación y compras y dejar en manos o régimen privado la gestión sanitaria a cargo de las Comunidades Autónomas. Así, criticando el resultado, MUÑOZ MACHADO, Santiago: «La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios», en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* / coord. por Francisco Sosa Wagner. Ed. Tirant lo blanc, Valencia (2000). Págs. 989-1004. En todo caso, la posibilidad y viabilidad de concesiones del servicio sanitario a través de empresas privadas fue avalada por el Tribunal Constitucional (STC 37/1994) y el Supremo (la temprana STS de 20 de diciembre de 2005), pese a que su generalización abusiva podría ser inconstitucional al vaciar el derecho a la protección de la salud del art.43 CE, y el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de la normativa básica sanitaria (art.149.1.16 CE);vid. La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública en tiempo de crisis, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, Derecho y Salud, Vol. 23, Núm. 2-2013, pp. 43-60.

⁴ Es curioso que dentro de la propia Unión Europea se rompe la unidad tanto en como organizan el sistema de salud como en la forma de afrontar el copago sanitario: «Los sistemas de salud de estos países reflejan realidades muy dispares en lo que respecta a derechos de los pacientes y a medios de financiación, siendo variadas las fórmulas adoptadas para disminuir su deuda sanitaria y hacer más sostenible su sanidad pública: copago, céntimo sanitario, tique moderador. La frontera entre sanidad pública y privada cada vez está más diluida. Los sistemas han incluido el pago de medicamentos, pago de consultas, pruebas complementarias y días de hospitalización para moderar el gasto, gravar con impuestos la comida de los hospitales, pago por habitación individual, cobrar a pacientes que acuden a urgencias con problemas que pudieran ser valorados como no urgentes, canon por las ambulancias, pago por enfermería, pago por prestaciones no básicas, etc.» Vid. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, «La deconstrucción del Sistema Sanitario público pertenece a: Revista Derecho y Salud». Volumen 25 - Núm. 2 - 2015, p.108.

deberán observar todas las organizaciones sanitarias públicas puesto que al fin y al cabo, el paciente es un usuario con derechos frente a la administración que los presta.

Estamos ante cuestiones de gran calado y por mucho que existan mapas de salud, áreas de salud y otras demarcaciones instrumentales, difícilmente puede hablarse de un modelo sanitario organizativo cerrado, pues no solo cuenta cada Comunidad autónoma con su particular fisonomía organizativa sino que ninguna ha conseguido el éxito en la plena integración entre los distintos niveles asistenciales, pese a tratarse de objetivo prioritario en todo programa público sanitario, lo que genera enormes costes de coordinación y gestión del sistema de salud, que se hacen visibles en las demoras o resistencias a las citas médicas con especialistas, la duplicidad de visitas médicas o la multiplicidad de pruebas diagnósticas.⁵

Desde el punto de vista de la eficacia y la eficiencia no vale cualquier decisión organizativa. No cabe hablar de decisiones equivalentes, cuando sus técnicas propician modelos de signo contrario, y pese a que todas y cada una de ellas vaya siempre acompañada de informes, memorias y dictámenes que les otorgan sus bendiciones.

Desde la perspectiva de organización interna, las decisiones pasan por reflexionar, evaluar y adoptar medidas sobre aspectos tales como los siguientes:

- La proporción de profesionales en el ámbito hospitalario vs. comunitario, o la proporción de roles profesionales dentro de cada nivel asistencial, y la dotación de personal burocrático.
- Introducción de cambios en el modelo de selección de mandos intermedios (jefaturas, supervisiones, etc.) en base a criterios objetivos, medibles y evaluables periódicamente.
- Formación de facultativos para asegurar actualización y toma de decisiones en contextos de incertidumbre.
- Intervenir sobre las duplicidades o infrautilización de recursos.
- Modelo retributivo adecuándolo a objetivos y acometiendo la difícil valoración de resultados.
- Calendario y organización de citas médicas.
- Sistemas de contratación y control del gasto farmacéutico.
- Establecimiento del modelo de información vertical ascendente (hacia los directivos), descendente (hacia el usuario) y transversal (del centro hospitalario hacia la administración matriz y el gobierno).

⁵ Asimismo, se ha alertado de las distorsiones derivadas tanto de la gestión clínica como administrativa. En el ámbito clínico por las variaciones en la práctica clínica, el sobrediagnóstico y/o tratamiento y los eventos adversos ligados a la asistencia sanitaria generan también un sobrecoste en el sistema. En la gestión administrativa por el cumplimiento de algunos trámites administrativos (renovación de recetas, cumplimentación de bajas laborales, certificaciones, etc.) Cfr. Vid. PEIRÓ, M; MENA, F.X.; LONGO, F.; B., J; ROÉ, D. y PORTELLA, E. *La sostenibilidad del sistema sanitario en España, El Futuro del Sistema Sanitario: ¿será posible financiar el sistema y reducir las desigualdades en salud?*. ESADE, 2017, p.17.

- Diseño de modelos documentales esenciales. Los relativos a diagnóstico, tratamiento o situación del paciente y su historial clínico. Los que canalizan de las quejas por el servicio. Y como no, la información específica vinculada a los documentos de consentimiento informado que bien por defecto o bien por exceso lesionan el derecho a decidir del paciente.
- Diseño del Servicio de inspección.

Un paso mas allá de las decisiones estructurales y puramente orgánicas o administrativas, es el que se ha explorado con desigual fortuna con la denominada gestión clínica, concepto organizativo que encierra la apuesta por diseñar la organización mediante la implicación de los profesionales en la gestión de los recursos utilizados en su propia práctica clínica de manera que tomen decisiones sobre el gasto bajo la confianza en su criterio, mediante trabajo en equipo y por el bienestar del paciente.⁶

En definitiva, el factor común a todas las decisiones organizativas y de gestión que deben acometer las Gerencias públicas sanitarias radica en que no son gratuitas y que los errores se pagan en términos económicos, especialmente cuando están constatados por sentencias con fuerza de cosa juzgada.

3. La insaciable responsabilidad patrimonial

3.1 De los títulos de responsabilidad

La responsabilidad sanitaria es un instituto clásico de la obligación del poder público de indemnizar por la deficiente prestación del servicio público por excelencia.

Ahora bien, el freno de la expansión de indemnizaciones vino dado por dos dogmas consolidados de origen lógico.

En primer lugar, la obligación del servicio de salud se califica de mera actividad y no de resultado, ya que difícilmente puede garantizarse el diagnóstico o tratamiento certeros o intervención exitosa cuando existe un escenario de incertidumbre científica con limitaciones insalvables para la medicina. Ello conduce al concepto instrumental de la *lex artis ad hoc* concebida como reglas impuestas al personal sanitario que dotan de contenido actual al Juramento Hipocrático clásico («Estableceré el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechosa según mis facultades y a mi entender, evitando todo mal y toda injusticia»).

En segundo lugar, que a la hora de fijar el reproche por la deficiente asistencia sanitaria, el referente es el concepto de *estándar de prestación sanitaria*, entendido como el contenido, intensidad y extensión de servicios que es exigible en cada momento por la ciudadanía al servicio de salud. No basta con que un producto, medicamento, tratamiento o técnica quirúrgica esté disponible en el mercado universal, sino que el mismo debe haber sido asumido como prestación básica y con naturalidad por el ciudadano medio como contenido del derecho a

⁶ Mostrando sus luces y sombras, ESTEBAN ÁLVAREZ, A.I. y ARIAS RODRÍGUEZ, A. en «30 años de reforma sanitaria. Situación actual y perspectivas de la gestión clínica en España». *Revista Española de Control Externo* • vol. XVIII • n.º 53 (mayo 2016), pp. 67-105.

la salud del siglo XXI. Es cierto que existen carteras de servicios, técnicas, intervenciones o medicamentos asumidos expresamente por la administración sanitaria mediante reglamentos, instrucciones o convenios, pero los mismos no son excluyentes de la posibilidad de reclamar y acreditar en cada caso por el paciente, que dentro del estándar de prestación deberían incluirse otros, de manera que su omisión generaría responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, esa contención de la responsabilidad sanitaria y del gasto público consecuente, fundada en la desmitificación de la infalibilidad, recibió una extensión por parte de conceptos o títulos de responsabilidad de cuño puramente jurisprudencial.

Es el caso del concepto de *«daño desproporcionado»*, referido a los casos en que no se vulnera la *lex artis* pero el paciente se encuentra con una situación desastrosa que «hiere la lógica» y la expectativa de quien acude a un servicio sanitario con una dolencia menor y sale con grandes estragos de salud; así, sintetiza la STS de 24 de abril de 2018 (rec.33/2016) que *«En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)»*. Ahora bien, *partiendo de esa vinculación a la existencia de una vulneración de la «lex artis», se considera que no es aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando el resultado se presenta como una posibilidad de la atención prestada»*⁷. En suma, ante un daño desproporcionado no existe obligación automática de indemnizar pero se deposita la carga de la prueba de haber hecho lo médicamente posible en la propia administración sanitaria.

O el caso de la *«pérdida de oportunidad»* que comprende los casos en que existiendo un diagnóstico, tratamiento o intervención, se aprecia una omisión en materia de tiempos (por hacerlo con demora injustificada), formas (por prescindir de protocolos o trámites), o modos (por optar por técnicas que no eran las que tenían mayores probabilidades de éxito), que determinan que se haya frustrado una posibilidad de curación o de menor perjuicio; en suma, se trata de supuestos en que no se ocasionado el daño por error sanitario sino que se ha privado al paciente de una opción o cauce alternativo que podía haber alterado el curso de la enfermedad; así, expresa la STS de 20 de marzo de 2018 (rec. 2820/2016): *«En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente»*.⁸ En tales casos, estadísticamente los mas frecuentes de estimaciones por sentencia contencioso-administrativa, suele presentarse la condena clara a los ojos del juzgador porque se ha acreditado una vía alternativa posible y recomendable, pero existe una insalvable incertidumbre sobre el porcentaje de posibilidades de mejoría que hubiera supuesto haber seguido otro sendero asistencial. Aquí radica uno de los puntos mas movedizos de

⁷ La teoría del daño desproporcionado en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria; su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa, FONSECA FERRANDIS, Fernando, Madrid. 2018. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

⁸ Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española, SARDINERO GARCÍA, Carlos. Tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid, 2017.

las indemnizaciones sanitarias ya que un examen de las sentencias por este concepto sugiere la aplicación del ojo de buen cubero, y que lleva a que supuestos de demoras o pérdidas de oportunidad en casos equivalentes reciban valoraciones distintas y distantes. Son campos donde reina el prudente arbitrio judicial y donde no es posible el control o reconducción a unidad ya que ni existen parámetros legales para ello, ni cabe jurisprudencia casacional unificadora. No olvidemos que en el ámbito sanitario donde se afecta a la vida o la salud es donde se ocasiona daño moral, y su evolución es escurridiza y huye de baremos.⁹

El resultado son sentencias condenatorias que caen como bombas de racimo sobre las arcas públicas.

3.2 Fijar estándares y protocolos, especialmente de asepsia

Siguiendo las modernas tendencias, los hospitales públicos se han dotado de pomposas Cartas de Servicios que incluyen compromisos de calidad y responsabilidad, y que son la cara amable que no debe descuidarse en la gestión.¹⁰

Así y todo existen ángulos oscuros, como el de las infecciones hospitalarias que se resisten a la transparencia y control, pese al creciente control del riesgo por la observancia de protocolos de profilaxis y la pronta reacción ante sospechas de infección¹¹. Las enfermedades nosocomiales son inevitables en el campo hospitalario y los tribunales zanján infinidad de asuntos de responsabilidad patrimonial bajo criterios dispares pero atendiendo a la singularidad del caso. En unos casos consideran que no hay responsabilidad pues no se puede reprochar a un hospital que controle las incontrolables bacterias. En otros casos se considera que en todo caso se responsabiliza el hospital puesto que allí se contrajo la infección. Sin embargo, las posiciones jurisprudencialmente dominantes alzan tal responsabilidad solo si se aprecia la falta de adopción de medidas de asepsia por el centro hospitalario en niveles de estándares razonables, cuya carga probatoria recae en la administración sanitaria *«máxime cuando la determinación de si se ha dado o no cumplimiento, en la asistencia médica correspondiente, a las medidas preventivas para evitar las infecciones nosocomiales depende de la prueba practicada en cada uno de los procedimientos pues, insistimos, en ninguna de las sentencias aportadas se afirma que toda infección intrahospitalaria dé lugar, indefectiblemente, a la responsabilidad de la Administración»*. (STS de 19 de enero de 2016, rec. 2386/2014).

Y si frecuentes son las infecciones, también lo son las condenas a indemnizar por responsabilidad patrimonial. Eso hace inevitable establecer por máximas instancias autonómicas o

⁹ El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización. HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel. Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, 2017.

¹⁰ Las Cartas de Servicios ofrecen una cara de administración sensible, próxima y receptiva: «Los ciudadanos a su vez, pueden constar cuál es su grado de participación e influencia en el diseño de los servicios públicos y valorar cuál es el grado de confianza que pueden depositar en la entidad, en función del grado en el que esos servicios responden a sus problemas, necesidades y expectativas.» Vid. GIMENO-RUIZ, Amparo. «Las Cartas de Servicio como instrumento para el desarrollo de la información integrada de las entidades públicas», p. 139. *Revista española de control externo*, núm. 57, septiembre 2017, p. 139.

¹¹ Infección nosocomial: ¿complicación o negligencia?, BARREDA, Íñigo, *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 203, 2013, pp. 289-291.

incluso supracomunitarias, estándares homogéneos de asepsia o de protocolos de diagnóstico y atención básica de manera que de forma unificada puedan los tribunales contar con un parámetro único, uniforme, objetivo y fiable, en vez de confiar la valoración del estándar de asepsia a la casuística que resulte de alegaciones y peritos, no exento de un fuerte componente de azar.

3.3 De los entes concertados

La responsabilidad patrimonial derivada de actos sanitarios se plantea frente a la administración sanitaria. En la práctica las demandas y las sentencias se orientan a la condena en solitario al ente instrumental directamente responsable, aunque eventualmente se plantea en el litigio la responsabilidad conjunta o solidaria del ente sanitario y de la administración autonómica, por considerar que el reparto de responsabilidades o gastos es cuestión organizativa interna.

Lo suyo en rigor sería, en congruencia con la plena asunción del servicio de salud por el ente sanitario, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que fuese demandado y condenado exclusivamente el ente sanitario, salvo obviamente los casos en que la responsabilidad compartida se vinculase a una instrucción o reglamentación dictada por el ente autonómico y que originase la ciega actuación del ente instrumental.

Sin embargo, por cautela de las partes demandantes que defienden pacientes o facultativos, y que no desean que le sea opuesta por los letrados públicos la falta de legitimación pasiva, o bien para garantizar la solvencia en el abono de los créditos reconocidos en sentencia, suelen apuntar las demandas tanto al ente gestor como a la administración autonómica. La consecuencia es que se prodigan sentencias condenatorias que se limitan a declarar la existencia del crédito a favor del particular condenando a ambos sujetos públicos pero que dejan en el limbo el monto respectivo de obligación de pago.

El resultado son consecuencias presupuestarias para ambas entidades, administración autonómica y ente gestor, que si no plantean un incidente de ejecución para aclarar el alcance respectivo y exacto de responsabilidades, deberán ser resueltas en el ámbito de las relaciones interadministrativas, a la vista de los informes jurídicos y de la intervención que tutelan los intereses respectivos de la entidad a la que sirven.

El problema se agrava incluso cuando se plantea la demanda solamente frente al ente gestor y este es condenado, porque puede ser que se revele moroso o insolvente a la hora de afrontar los pagos derivados de sentencia firme. En tal caso, el problema se desplaza a los incidentes de ejecución de sentencia en que el demandante luchará por conseguir la responsabilidad subsidiaria del ente matriz.

En estos casos, la naturaleza pública compartida entre administración matriz y ente gestor lleva a la posibilidad de atribuir tal responsabilidad subsidiaria sin ambages a la administración pública autonómica pues al fin y al cabo, la decisión de organización pública no debe pagarla el particular.

En cambio, el problema aflora con toda su crudeza cuando un ente sanitario concertado es condenado al pago de indemnización, y la administración pública se ve en riesgo de con-

vertirse en ser corresponsable. En este punto ha de tenerse en cuenta la confluencia de dos principios de signo contrario.

De un lado, el *principio de autonomía* ya que no solo la administración autonómica cuenta con personalidad jurídica distinta del ente sanitario concertado, sino que no existe relación de tutela o supremacía de aquélla ni otro vínculo presupuestario que el relativo a los débitos o compensaciones pactados en el acuerdo, convenio o contrato que las vincula.

De otro lado, el *principio de responsabilidad* del poder por el servicio público en sentido amplio, y que lleva a una suerte de responsabilidad «in eligendo» o «in vigilando».

En esa línea afirma la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de febrero de 2016 (rec. 495/2015): «Bajo estas premisas ha de admitirse la condena a la Administración sobre la base de un doble título de imputación encadenado y cumulativo: de un lado, la condición material necesaria pero no suficiente, de que la Administración retenga la titularidad del servicio público contratado y el usuario haya sido remitido a su disfrute por aquélla en el ente que ella misma ha elegido y contratado (culpa in eligendo) y de otro lado, la condición procesal de que el particular haya formulado reclamación ante la Administración y ésta haya optado por el silencio o pasividad en precisar si existe un responsable, previa audiencia del ente concertado (culpa in omitendo).» Acto seguido, la sentencia efectúa un esfuerzo de síntesis y clarificación del convulso panorama jurisprudencial admitiendo la condena a la Administración por actos ajenos derivados de la empresa concertada si en la vía contencioso-administrativa se impugna la desestimación presunta por la Administración sanitaria de las reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial cuando versa sobre una actuación desarrollada por ente concertado. Ello es lógico, ya que el particular no tiene obligación de conocer los términos de la relación contractual entre Administración y entidad concertada, ni de acometer en solitario actividad pesquisitiva alguna, ni modo de saber si medió o no alguna orden o instrucción al ente concertado que generó la actuación sanitaria lesiva, de manera que el particular agota su diligencia reclamando a la cara visible del poder público, esto es, ante la Administración. Ante dicha reclamación, la administración por imperativo de la legislación de contratos, tiene la facultad de indicar al reclamante si existe responsabilidad del ente concertado, para que éste pueda reorientar su actividad impugnatoria hacia la condena del centro concertado. Pero si la administración da la callada por toda respuesta se expone a ser condenada de forma solidaria con el ente concertado pese a que el error médico solo a este era materialmente imputable.

Sin embargo, ha de tomarse nota de la reciente tendencia en el ámbito expropiatorio, en que el art. 5.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa impone al beneficiario la carga de pagar el justiprecio; ahora bien, en los casos en que éste es insolvente, el Supremo ha declarado la responsabilidad de abono en manos de la administración expropiante, pues considera que si el beneficiario incumple sus obligaciones, a quien debe perjudicar es a la Administración expropiante, no al expropiado, cuyas garantías constitucionales no se alteran por la intervención del beneficiario. Como afirma la STS de 22 de abril de 2016 (rec. 3491/2014): «Esto no significa que el expropiado pueda dirigirse, a su voluntad, al beneficiario o a la Administración en demanda del pago del justiprecio, pues, como acabamos de indicar, es el beneficiario el que asume, frente al expropiado, las obligaciones impuestas por la Administración expropiante y las contempladas en el referido art. 5 del Reglamento de Expropiación

Forzosa. Solo, de manera subsidiaria y acreditada la imposibilidad de obtener el pago del justiprecio del beneficiario, podrá dirigirse contra la Administración expropiante que deberá asumir el pago como consecuencia de su responsabilidad, derivada del ejercicio de la potestad expropiatoria y en cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas a favor del expropiado».

Nos encontramos con un velado salto cualitativo de cuño jurisprudencial que consiste en levantar el velo de los sujetos privados interpuestos para hacer descansar la responsabilidad subsidiaria en la administración pública y que si bien se ha abierto paso en el ámbito expropiatorio, no es descabellado pensar que en el ámbito sanitario, ante casos sangrantes de insolvencia de entes concertados, se plantee la posible condena subsidiaria de pago por la administración pública sanitaria.

3.4 Las aseguradoras

Las consecuencias de la mayor sensibilidad jurisdiccional a las deficiencias de prestación sanitaria han llevado a las administraciones públicas a celebrar contratos de aseguramiento que cubren la responsabilidad a tanto alzado derivada de la gestión sanitaria. Dado que se mueven en la libertad de pactos, tales contratos cubren la responsabilidad con alcance anual o plurianual, bien referida estrictamente a la gestión asistencial o a todo título de responsabilidad del área de salud (personal, patrimonio, gestión, etc.). A veces con franquicia y otras libre de ella.

El problema radica en que se mueven en un escenario de incertidumbre y que las aseguradoras efectúan sus cálculos partiendo de datos objetivos de condenas judiciales dictadas en ejercicios anteriores pese a lo cual resulta impronosticable la variante de la mayor o menor sensibilidad jurisdiccional a las demandas de responsabilidad patrimonial. No faltan las condenas que rondan el millón de euros cuando el error provoca un resultado de grave invalidez y se precisa atención permanente de otra persona, que si se repiten en el mismo ejercicio, son capaces de sacudir la estabilidad de la aseguradora más potente.

El resultado es una gran rotación en este tipo de pólizas de aseguramiento y que las condenas a ingentes indemnizaciones afectan a las primas a pagar por la administración contratante.

3.5 La acción de regreso

Las condenas a la administración sanitaria por vulneración de la *lex artis ad hoc* pueden sustentarse en simples errores, bajo el amplio margen de discrecionalidad médica, o bajo conductas negligentes, fruto de la urgencia, desidia o desinformación del facultativo. En tales casos, si la sentencia aprecia malicia o culpa grave, la administración condenada debería hacer uso de la acción de regreso frente al facultativo responsable para que este le reintegre el importe de la cantidad que ha tenido que indemnizar. Ello en aplicación del vigente art. 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: «*La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio*

en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.»

Si bien es cierto que tanto las administraciones como la mayoría de los facultativos cuentan con pólizas de aseguramiento, el escenario de posibles condenas por negligencia médica está llevando a lo que se ha calificado de *medicina defensiva*, esto es, a agotar todos los medios, consultas y terapias posibles mas allá de lo razonable para frenar ulteriores reproches. Tal actitud lleva a un lógico incremento del gasto sanitario y a la paradójica desconfianza del paciente que se ve sometido a grandes remedios para simples males. De ahí que se postule la tendencia hacia la llamada *medicina asertiva* donde paciente y facultativo realizan su papel con serena responsabilidad. Se ha señalado que *«esta espiral de proliferación de pleitos-medicina defensiva puede llegar a conducir, como ha hecho ya en USA, a lo que se ha venido en diagnosticar como asfixia jurídica, presente sobre todo en los campos de la medicina, la ecología, el urbanismo, etcétera»*.¹²

4. Un régimen de gestión de personal estatutario marcado por la incertidumbre

4.1 Marco normativo de la nueva era

El perfil del facultativo clásico es el del médico que cuenta con sólida formación universitaria y capacitado para dar respuesta a las necesidades del paciente, con decisiones frecuentemente individuales y con tendencia a eludir consideraciones sobre costes. Además se encuentra con los avances científicos como cantos de sirena con nuevos fármacos, indicaciones y vías de diagnóstico.

De ahí que el corsé burocrático que supone su inserción en una organización en que se le fijan tiempos, modos, pautas y medios, genera lógica resistencia cuando no confrontación con los directivos hospitalarios.

De ahí, que la litigiosidad del personal que presta servicios sanitarios descolla por encima de la media respecto de la desarrollada por el común de los empleados públicos. Ello obliga a un gasto inmenso de energías, contratiempos y costes de servicios jurídicos o indemnizaciones por tales litigios.

Lo cierto es que el personal estatutario de las administraciones públicas constituye un amplísimo colectivo que cubre casi el 20 por ciento de los empleados públicos, y cuya singularidad ha merecido tradicionalmente una regulación especial, pivotando sobre Estatutos reglamentarios (personal médico, personal sanitario no facultativo y personal no sanitario), que sería respetada por la vieja Disposición Transitoria Cuarta de la ya derogada Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984.

La necesidad de evitar la dispersión normativa y jurisprudencial, con los consiguientes agravios comparativos interautonómicos e intrahospitalarios, impuso la aprobación del Es-

¹² MONTSERRAT QUINTANA, Antonio: «El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias». *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 6, 2007.

tatuto anunciado por el art. 84 de la Ley General de Sanidad, que se demoraría hasta la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EM).

Como toda norma compleja y de impacto global, contiene reservas de vigencia de normativa anterior, ambigüedades y mandatos de desarrollo, lo que se alza en fuente transitoria de conflictos judiciales sobre selección de personal, retribuciones, dedicación. Ello sin olvidar el juego de lo que estaba pactado con anterioridad con sindicatos y órganos de representación del personal, respecto de la norma jurídica sobrevenida.

La pieza de cierre vendría dada por la remisión supletoria a la normativa general de la función pública de la administración correspondiente, en defecto de normativa estatutaria específica o pacto y acuerdo (Cap XIV Estatuto Marco).

De esta manera sobrevino un nuevo contexto normativo del personal estatutario con incidencia clara en sus derechos económicos, en sus nóminas y en sus prestaciones, y además abriendo un período de reclamaciones judiciales con reflejo en las arcas públicas.

4.2 La mutación genética

Las tranquilas aguas de la clásica consideración del personal de la sanidad pública como trabajadores sujetos al derecho laboral y jurisdicción laboral se vieron sacudidas por la crucial Sentencia del Tribunal Supremo que, tras confirmar la calificación de relación funcional especial la mantenida por los empleados públicos de los servicios de salud que integraban el Sistema Nacional de Salud, según el Estatuto Marco, dio un paso adelante mediante el Auto de 20 de Junio de 2005 dictado en el conflicto de competencias 48/2004, para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el señorío jurisdiccional sobre el personal estatutario. Con ello, se abandonó la tutela de la jurisdicción laboral, criterio que sería ratificado por la Sentencia de la Sala IV del Supremo de 16 de Diciembre de 2005, con confirmación de la derogación del art. 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y consiguiente reserva de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nada menos que un cambio de jurisdicción con costes públicos, aunque en este caso, el abandono de la jurisdicción laboral, inspirada en el principio de protección del trabajador (pro operario, condición mas beneficiosa, norma mínima, etc.) supuso inicialmente un leve alivio para los gestores públicos.

4.3 El tsunami del EBEP

Por si fuera poco, el EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril) y hoy reconvertido en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, con la legitimidad y fuerza expansiva de ser el gran paraguas del empleo público dedicó su art. 2.3 al personal estatutario con una redacción deliberadamente ambigua: «... se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto en el capítulo II del T, ya que impone la aplicación de la legislación específica de Estado y Comunidades Autónomas en su ámbito competencial».

El problema vendría dado por el aparentemente inocente inciso «... y por lo previsto en el presente Estatuto». Y ello porque lo deseable para los responsables de la gestión del personal sanitario es contar con seguridad jurídica, en cuanto a la norma aplicable, y no encontrarse con la confluencia de normativa estatal, autonómica, general y especial. Muchas normas concurrentes generan incertidumbre y la incertidumbre siembra litigios con las consiguientes distorsiones. De hecho, numerosas sentencias condenatorias de los servicios de salud por su gestión del personal facultativo tienen su raíz en errores de identificación de la norma aplicable. Es comprensible pues a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable al personal estatutario sanitario, nos encontramos con una pirámide jurídica de difícil armonía y simetría.

En la cúspide estaría la Constitución y principios constitucionales, resistentes a toda regulación estatal, autonómica o institucional. Se trata sustancialmente, en este ámbito de los principios de igualdad (art. 14 CE), mérito y capacidad en acceso, promoción y provisión (art. 23 y 103 CE) y prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE).

En el escalón siguiente estaría el Estatuto Marco (EM) con rango legal. Y al mismo nivel, las leyes y disposiciones de desarrollo aprobadas por el Estado o Comunidad Autónoma sobre personal estatutario.

El tercer escalón sería el formado por los pactos y acuerdos alcanzados con la representación del personal.

Por último, la base de la pirámide para asegurar su estabilidad sería doble. Un pilar por la normativa de función pública (no por el derecho laboral) y otro pilar por la normativa pública supletoria general de la administración estatal o autonómica a la que se vincule el personal estatutario.

El encaje del EBEP, ya sea como norma complementaria o bien como norma subsidiaria o separada, sería resuelto por el Tribunal Supremo que por auto de 26 de junio de 2017 (rec. 1578/2017) ha apreciado el interés casacional de zanjar la relación entre ambas normas, EBEP y EM al hilo de la necesidad de negociar o no las condiciones de servicios extraordinarios para paliar listas de espera. Del lado de la victoria y prevalencia del EBEP se sitúa la letra de esta última ley (lex posterior) y su vocación universal. Del lado de la supervivencia del EM frente a regulación contraria del EBEP se situaría la interpretación restrictiva de las derogaciones tácitas y su especialidad (lex specialis).

En definitiva, la Gerencia pública se convierte en un malabarista que debe manejar las bolas normativas del EBEP y el EM, junto a los bolos de colectivos de distinto régimen, personal laboral y estatutario, unos de color burocrático y otros médico. Nada fácil evitar los tropiezos.

5. En particular, el reclutamiento de recursos humanos

5.1 La designación de directivos

El éxito del servicio público radica en la calidad y dedicación del personal médico. Dado que se trata de profesionales cualificados, llamados a coordinarse entre sí y con otros profesionales no médicos, y que deben tomar decisiones bajo presión o en contexto de incer-

tidumbre, las gerencias públicas de la salud tienen enormes retos en cuanto a planificación de recursos humanos, gestión y como no, sobre las medidas disciplinarias.¹³

Especial interés reviste la problemática del reclutamiento de directivos y jefes de equipos médicos. En efecto, en el ámbito sanitario, la rigidez propia de la burocracia administrativa no se ajusta bien con el reino de las urgencias, las decisiones estratégicas sobre inversiones, la organización de equipos, el juego de incentivos y penalidades y como no, los ojos inquietos del paciente y su familia.

Las condiciones para el éxito en la *Jefatura de las unidades administrativas* suelen girar en torno a los conocimientos propios de Ciencia de la administración, sobre organización y gestión, aderezados con conocimientos jurídicos y dominio de las relaciones de jerarquía. En cambio cuando se trata de *Jefes de unidades de áreas con responsabilidad asistencial o sanitaria*, no basta estar investido del poder jerárquico sino que es precisa la autoridad, esto es, el respeto y legitimidad derivado del conocimiento médico, porque se trata de dirigir, coordinar o solucionar problemas asistenciales en un entorno marcado por la incertidumbre de las patologías de la salud, y en que debe valorarse el interés del paciente, el de la organización sanitaria sobre la disponibilidad de medios (humanos, tecnológicos, fármacos, etc.) y el del servicio público bajo los estándares que la ciudadanía demanda.

De ahí la tendencia de estas organizaciones, y de sus Gerentes a buscar fórmulas subjetivas en la designación de directivos sanitarios que primen sobre el frío mérito de la antigüedad o el mérito acumulado.

El escenario litigioso son conflictos en que la organización sanitaria dota jefaturas de plazas para su provisión por libre designación, lo que desata la impugnación de sindicatos o particulares que reclaman el concurso de méritos. La provisión por libre designación no es inocua en términos económicos:

- El puesto a cubrir por libre designación suele ir acompañado de mayores remuneraciones que idéntico puesto por concurso de méritos ya que aquél está lastrado por la espada de Damocles del eventual cese que reclama compensación retributiva.
- Los cesados en puestos de libre designación tienen la garantía retributiva en caso de cese según el grado consolidado, lo que ocasiona abonos retributivos sin tangible esfuerzo o prestación correlativa.
- La amortización de un puesto de libre designación o el cese del titular suele comportar la adscripción con destino provisional, aunque no sea urgente o necesaria la cobertura de este último puesto.

¹³ Veamos un rápido inventario de la problemática de la gestión de recursos humanos en el sector sanitario: «...las incidencias detectadas en la fiscalización afectan a la contratación del personal, las retribuciones fijas y variables satisfechas, su jornada laboral, el cumplimiento del régimen de incompatibilidades, los despidos e indemnizaciones satisfechas, la prestación por parte del personal de otros servicios asistenciales, fuera de los comprendidos en su jornada ordinaria, y el cumplimiento de las medidas presupuestarias de carácter general». Jordi Ruiz Vives y Silvia Espinosa González, en: «La gestión de los recursos humanos en el sector público sanitario concertado de Cataluña», *Auditoría Pública*, junio n.º 71, 2018, p. 15.

Así, recientemente, la STS de 19 de mayo de 2016 (rec. 1214/2015) confirmó la sentencia de la Sala que anulo un Decreto autonómico que fijaba el régimen de libre designación para puestos de Director del área de gestión clínica, afirmando la excepcionalidad de tal régimen y la necesidad de cumplida justificación en los siguientes términos: *«En efecto, considera que no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la libre designación, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia.»*

Lo suyo es que las gerencias públicas identifiquen y justifiquen los singularísimos puestos clínicos que requieren esta vía de provisión discrecional pues a nadie le gustaría ser operado de cirugía de corazón mientras el cirujano se siente postergado en su promoción y dirigido por quien considera con menor mérito.

5.2 El encadenamiento de contratos

El campo sanitario es el reino de los contratos temporales por varias razones.

En primer lugar, el llamamiento de personal estatutario en régimen temporal se produce en forma cuantitativamente notable ante períodos de vacunación, epidemias u otras contingencias sobrevenidas que afectan a amplios sectores de la población del específico riesgo.

En segundo lugar, el llamamiento de personal temporal suele ser perentorio, esto es, que la atención sanitaria no admite aplazamientos de igual modo que un quirófano no puede estar parado por la baja temporal del enfermero.

Y en tercer lugar, la excesiva rotación de personal derivado de extinciones de contratos perjudica al servicio sanitario: ofrece imagen inestable, no existe continuidad de la atención con el paciente por los mismos facultativos, peligran los programas a medio o largo plazo, se genera desmotivación en el facultativo, etcétera.

Esta triple circunstancia genera que los directivos sanitarios no impulsen la dotación de plazas fijas, previa convocatoria pública, para evitar el riesgo de renovaciones de equipos no queridas o pérdida de pilares esenciales. Además se produce una relación de colaboración intensa y recíproca entre facultativos y enfermeros que tienen a evitar cambios de unos por otros. El resultado son embolsamientos frecuentes de personal laboral y encadenamientos de contratos que lesionan el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo.

Un bloque de ese personal temporal ha conseguido la declaración de la atípica condición de personal indefinido no fijo. Frente a la cascada de condenas de la jurisdicción social, el legislador reaccionó con la Disposición Adicional 34 de la Ley 3/2017 de Presupuestos

Generales del Estado 2017 que dispuso responsabilizar a los gestores públicos del incumplimiento del reclutamiento de personal fuera de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad «y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.» (El último inciso relativo al personal de empresas contratistas, ha sido declarado inconstitucional por STC 122/2018 por ser materia ajena a política económica propia de la ley anual de presupuestos).

Ciertamente este precepto vincula a las gerencias públicas sanitarias pero agota su eficacia en el ámbito del personal laboral, quedando fuera el inmenso bloque del personal estatutario, que como es sabido, se regula por el derecho administrativo y su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, el problema ha venido dado por las sentencias comunitarias que precisamente saliendo al paso de abusos de personal estatutario han sentado doctrina que ha sacudido los cimientos de la gestión sanitaria pública, aunque ciertamente el propio Tribunal Europeo se ha mostrado errático como evidencian estos dos hitos.

De un lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 107) (C-16/15), asunto Pérez López, que examina el caso de una enfermera que había prestado servicio en calidad de personal estatutario temporal al amparo de ocho nombramientos sucesivos que cubrían un período temporal de más de cuatro años. El Tribunal de Justicia admite la flexibilidad de gestión para adecuar el personal sanitario y el número de pacientes, pero rechaza que los nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo.

En consecuencia, considera que el Estatuto Marco del Personal Estatutario es conforme con la Directiva pero no el abuso por parte de las Administraciones Públicas sanitarias «debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables» .

A renglón seguido, la Sentencia comunitaria de 14 de Septiembre de 2016 (Ana de Diego Porras) declaró el derecho a indemnización al trabajador interino cuando se reincorpora el sustituido y sería fijado por la jurisdicción social, por equivalencia al propio del despido objetivo, cifrándolo en veinte días por año trabajado.

El zafarrancho de alarma en las administraciones públicas que se veían obligadas a indemnizar por las extinciones de los contratos de sustitución e interinidad de personal estatutario, o de personal funcionario, se desactivó tras la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (Asunto 677/16, Montero Mateos) que cierra el paso a las indemnizaciones por extinción o amortización de puestos de trabajo laborales para atender vacantes si se advirtió al contratar que su duración finalizaba con la cobertura definitiva del puesto (promoción, acceso o reingreso). Considera la sentencia

que la indemnización por despido no se justifica cuando alguien sabía que estaba contratado para cubrir una vacante hasta su provisión reglamentaria pues no hay que «*compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo*». De ahí que se declara conforme al derecho comunitario una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto.

Esta sentencia entierra la doctrina Diego Porras, y con ello se lleva de un plumazo la aplicación extensiva de la misma acometida tanto por la Jurisdicción Social como por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. O sea, efecto-cascada de esta sentencia que afectará, en el ámbito de administraciones y entes públicos, cuando extingan por cubrirse la vacante, la relación de personal laboral temporal, de personal temporal estatutario o de personal funcionario interino, con el consiguiente ahorro de indemnizaciones. Con ello, para los gestores sanitarios se alivian las indemnizaciones de las arcas públicas, aunque la sentencia comunitaria citada deja abierto un inquietante portillo cuando afirma que «*No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.*»

De este modo la sentencia comunitaria frena los abusos del encadenamiento abusivo dejando en manos del Juez bajo estricta casuística apreciar cuándo hay prolongación abusiva y en consecuencia, la indemnización que procede a cargo del empleador público sanitario.

El segundo alivio para las gerencias sanitarias públicas vendrá de la mano de la reciente sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (rec. 785/2017) que cerrará el paso a la posible conversión del personal estatutario a la condición de indefinido, como consecuencia de la contratación temporal abusiva, afirmando que a lo sumo podrá ser indemnizado a título de responsabilidad patrimonial si se acreditan daños reales.

5.3 Las operaciones de consolidación

El legislador era consciente del embolsamiento de personal estatutario temporal, con contratos encadenados o con contratos temporales de larga duración. Un facultativo sin estabilidad no es un trabajador feliz y eso se refleja en la atención sanitaria. De ahí que se abriese una puerta de emergencia para solucionar la situación. La denominada Consolidación de empleo temporal, cauce fuente de litigios tanto en el orden social como contencioso-administrativo con desigual fortuna.¹⁴

Así, la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, ley 7/07, de 12 de abril, regula la Consolidación de empleo temporal señalando que: «*1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter*

¹⁴ CHAVES GARCÍA, José Ramón: «La precariedad en el empleo público desde la doble perspectiva administrativa y laboral. Los fundamentos del empleo público y las consecuencias de las sentencias del TJUE en sendos órdenes jurisdiccionales. La transferencia mutua de los criterios jurisprudenciales (visión administrativista).» *Actum Social, Actualidad Mementos*, n.º 131. Monográfico 2018.

estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. 2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. 3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 61 del presente Estatuto.»

Aquí está el meollo de la cuestión: ¿la Disposición Transitoria 4a EBEP sienta un derecho a un turno restringido para el personal temporal? La respuesta que se nos ofrece en primera lectura es negativa.

De un lado, el «podrán» es facultativo por lo que malamente puede esgrimirse un derecho frente a la administración. De otro lado, la extensión de esa expectativa está en manos de la propia administración, según su potestad de organización (cuándo convocar, cuántas plazas y cómo valorarlos). En tercer lugar, las facilidades que brinda el legislador para consolidar a los temporales consistirán en la hipervaloración de los servicios prestados que admitirá la toma en consideración prevalente de los servicios prestados en ese ámbito administrativo, función o categoría.

En cuanto al turno restringido, la respuesta ha de ser negativa ya que el mismo está sujeto a reserva legal y no pueden presumirse restricciones al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Además, la Disp. Transitoria cuarta expresamente somete tales procedimientos al art. 61 EBEP que dispone la necesaria concurrencia de aspirantes. Además, tratándose el procedimiento de consolidación de un cauce especial con autonomía, se ha considerado que no es exigible la Oferta pública de empleo, como ha señalado la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 8 de mayo de 2017 (rec. 87/17).

Lo cierto es que el EBEP dispone que «Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 61 del presente Estatuto», y este artículo 61.1 impone que «1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.» O sea, carácter abierto y libre concurrencia, por tanto en el ámbito de la administración del Estado o cuando dicha norma resulte de aplicación supletoria no existiría un turno restringido.

En cambio, bajo las pautas constitucionales y una interpretación amplia de esta Disposición Transitoria (pese a que su destinatario es cada Administración y no el legislador autonómico) podría sostenerse que el legislador autonómico mediante ley propia y motivando la excepcionalidad del caso vinculándolo a poderosas razones organizativas, estableciese la posibilidad de procedimientos de consolidación paralelos.¹⁵

¹⁵ Es el caso de la Disposición Transitoria 14a del Texto Refundido de la Ley de Función Pública en Galicia (Decreto Legislativo 1/2008) que según la interpretación de la Sala social gallega, no configura una reserva de puesto de trabajo sino que reserva para un proceso de consolidación un número de plazas que permitan la conversión de empleo temporal en fijo mediante el sistema de concurso-oposición abierto, y declarando la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Galicia de 14 de mayo de 2015 (rec. 4319/2013) el derecho a reserva de la plaza ocupada hasta su oferta en el proceso extraordinario de consolidación de empleo y a ocuparla hasta su cobertura reglamentaria.

Lo que resulta constitucionalmente inadmisibles son turnos restringidos o turnos con reserva de plazas para los indefinidos no fijos. Este escollo de la concurrencia resulta insalvable para la legislación especial y viene dado por los términos tajantes en que el Tribunal Constitucional condiciona la posibilidad de que una ley autonómica contemple procedimientos restringidos siempre sometida que el legislador básico lo autorice y detalle (STC 238/2015).

De este terreno movedizo de la consolidación, el Gerente público debe tener claros los criterios, para decidir entre la presión sindical hacia la consolidación de los que están y los principios constitucionales, pues una convocatoria errada provoca recursos y si se estiman, indemnizaciones sin cuento.

5.4 El error de selección se paga

Hasta hace una década, la estimación de los recursos en materia de empleo público sufría un freno psicológico ante el efecto reflejo de que la estimación del recurso a favor de un aspirante, al que se valoraban más sus méritos o se le declaraba aprobado en un ejercicio o prueba decisiva, comportaría la privación de la plaza de los adjudicatarios, frecuentemente al cabo de muchos años, tras agotar la cadena de recursos e incidentes de ejecución. Ello proporcionaba una explicación metajurídica a la resistencia de los jueces a la estimación de los recursos, y que se desvanece con la reciente jurisprudencia que considera compatible el reconocimiento del derecho a la plaza con la conservación de la plaza o destino por los terceros inocentes si ocupan sus plazas largo tiempo y son víctimas de la torpeza de una administración.

En este sentido la reciente sentencia del Supremo explica las razones por las que pese a triunfar la impugnación de un aspirante, no son apartados de sus plazas los inicialmente nombrados: *«Razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso»*. (STS del 4 de mayo de 2016, rec. 3221/2014).

El último baluarte de resistencia de la administración se lo proporcionaron las consecuencias de declarar más aprobados que plazas convocadas, lo que provocaba el que los tribunales dieran la razón al recurrente y simultáneamente mantuviesen sus plazas los inicialmente aprobados. La administración esgrimía razones de legalidad presupuestaria. Sin embargo, el Supremo ha zanjado esta objeción por la fuerza de la cosa juzgada y los derechos del justiciable que priman sobre consideraciones economicistas y presupuestarias: *«En primer lugar como ya hemos dicho en otras ocasiones, una cosa es la prohibición de los Tribunales Calificadores de proponer más aprobados del número de plazas convocadas, y otra muy distinta los efectos jurídicos de una sentencia como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-administrativo. Es evidente que cuando se impone a la Administración una obligación de dar o hacer alguna cosa, la Administración ha de reaccionar modificando en su caso los presupuestos, o tomando las medidas necesarias para la ejecución de la misma, sin que por ello se entienda que los Tribunales ejercitan potestades administrativas. Aparte de que de la sentencia no se deriva dicho aumento de plazas, puesto que se limita a reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente»*. (STS de 15 de febrero de 2014, rec. 2459/2013).

5.5 La renovación de plantillas: planes de jubilación

Las administraciones sanitarias siempre mostraron preocupación por la renovación de plantillas. El motivo formal radicaba en el rejuvenecimiento del personal con la consiguiente savia actualizada de ciencia médica y el motivo material se vinculaba al necesario dinamismo o rotación en los cargos directivos de las unidades asistenciales, aunque tampoco era ajeno a los elevados costes del personal en la frontera de la jubilación (remuneraciones y complementos). El Tribunal Constitucional abrió la veda al señalar en el auto 85/2013, que la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años es la regla general, mientras que la prórroga en el servicio activo es la excepción y está supeditada a varios condicionantes.

En esta línea, la pieza clave radicaba en los Planes de Ordenación de Recursos Humanos que podían incluir criterios y motivaciones que justificaran la denegación o prórroga de la edad de jubilación, tal y como interpretó reiteradamente el Supremo y entre otras la STS de 19 de julio de 2018 (rec. 590/2016): *«El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de conceder la prórroga en el servicio activo de quien la solicite y cumpla los requisitos de capacidad exigidos hasta el límite máximo de los setenta años. Puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior y condicionarla a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.»*

Así, pues, esa facultad del personal estatutario de solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo de los setenta años de edad está condicionada a lo que resulte del Plan de Ordenación de Recursos Humanos que apruebe la Administración en función de las necesidades del Servicio de Salud. De acuerdo con dicho Plan, es decir, de las necesidades a que atiende, la Administración puede autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado que lo haya pedido cumpla los setenta años de edad. De ahí que sea el Plan el que, teniendo en cuenta la previsión del artículo 26.2, es decir la posibilidad, en principio, genérica de la prórroga, deba establecer su duración siempre respetando el límite o tope máximo de los setenta años de edad.»

Lo cierto es que los tribunales contencioso-administrativo han resuelto impugnaciones de los afectados por las denegaciones de la prolongación de la jubilación, con las consiguientes distorsiones presupuestarias y de gestión en los casos en que se estimaba el derecho de reingreso.

6. Conclusiones

La gestión del gasto público sanitario suele pivotar sobre palabras mayores (Contratos-Programas, gestión clínica, Planes de Ordenación de Recursos Humanos, Cartera de Servicios, etcétera). Sin embargo existen actuaciones sanitarias puntuales y cotidianas que desembocan en sentencias dictadas por los tribunales contencioso-administrativo que afectan a las arcas sanitarias. Son sentencias que a veces tumban planes o reglamentos solemnes, o invalidan nombramientos de cargos sanitarios, o anulan destinos o plazas de facultativos, o forman un goteo de condenas por reclamaciones de indemnización por responsabilidad sanitaria.¹⁶

¹⁶ Cobran actualidad las certeras advertencias de CORELLA, José María: «Puede caer en la tentación de pensar que semejante ciclo carece de mayor sentido en las instituciones sanitarias del sector público. Ya dijo Oscar Wilde que la mejor forma de evitar una tentación es caer en ella, y en ese sector son mayoría los que evitan la

En suma, un cúmulo de pronunciamientos judiciales que no son inofensivos en términos presupuestarios y de los que deben tomar nota los gerentes de establecimientos sanitarios.

Referencias

- Álvarez González, E. M. «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública en tiempo de crisis», *Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 2-2013, pp. 43-60.
- Barreda, I. (2013). «Infección nosocomial: ¿complicación o negligencia?», *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 203, pp. 289-291.
- Chaves García, J. R. (2018). «La precariedad en el empleo público desde la doble perspectiva administrativa y laboral. Los fundamentos del empleo público y las consecuencias de las sentencias del TJUE en sendos órdenes jurisdiccionales. La transferencia mutua de los criterios jurisprudenciales (visión administrativista).» *Actum Social, Actualidad Mementos*, n.º 131. Monográfico.
- Corella, J. M. *Introducción a la gestión del marketing en los servicios de Salud, Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Gobierno de Navarra. 1998, n.º 1, p. 148.
- Esteban Álvarez, A. I. y Arias Rodríguez, A. (2016). «30 años de reforma sanitaria. Situación actual y perspectivas de la gestión clínica en España». *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII n.º 53, pp. 67-105.
- Fonseca Ferrandis, F. (2018). «La teoría del daño desproporcionado en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria; su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa», Madrid, 2018. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- Gimeno-Ruiz, A. (2017). «Las Cartas de Servicio como instrumento para el desarrollo de la información integrada de las entidades públicas», *Revista española de control externo*, n.º 57, septiembre, p. 139.
- Hurtado Díaz-Guerra, I. (2017). «El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización». Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid.
- Montserrat Quintana, A. (2007). «El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 6.
- Montoya Melgar, A. (2000). *El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud Manuales de Formación Continuada*, n.º 11, 2000, pp. 97-116.
- Muñoz Machado, S. (2000). «La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios», en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al*

tentación cayendo en el convencimiento de que, como «la clientela está asegurada» gracias al cuasimonopolio que se tiene en él sobre los pacientes, no cabe hablar de tales cosas. No deja de ser un craso error. Ese «aseguramiento» conduce precisamente a mayores dificultades para consolidar unas buenas relaciones proveedor-cliente (los inconvenientes para poder elegir libremente el proveedor acaban aumentando siempre las insatisfacciones) y son germen de actitudes imprevisibles que, en más de una ocasión, «engrasan» el camino que conduce a la presentación de quejas e incluso de más de una demanda ante los tribunales de justicia. Trátese de sector privado o de sector público, el ciclo de vida que discurre a través de la relación con los pacientes está ahí, es de capital importancia y la «fuga» del circuito puede llevar a no ver más a ese paciente...o, en el peor de los casos, a tenerlo que ver ante un señor vestido de negro y adornado con puñetas». Introducción a la gestión del marketing en los servicios de Salud, Anales del Sistema Sanitario de Navarra. Gobierno de Navarra. 1998, n.º 1, p. 148.

- profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo / coord. por Francisco Sosa Wagner*. Ed. Tirant lo blanc, Valencia, pp. 989-1004.
- Peiró, M.; Mena, F. X.; Longo, F; Barrubés, J; Roé, D. y Portella, E. (2017). *La sostenibilidad del sistema sanitario en España. El Futuro del Sistema Sanitario: ¿será posible financiar el sistema y reducir las desigualdades en salud?* ESADE, p. 17.
- Sardinero García, C. (2017). «Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española». Tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- De la Fuente, A. (2017). «La financiación regional en Alemania y en España. Una perspectiva comparada.» *Fedea Policy Paper* (2017,1).
- Delgado-Téllez, M.; Lledó, V. y Pérez, J. (2017). «On the Determinants of Fiscal Non-Compliance: An Empirical Analysis of Spain's Regions». Fondo Monetario Internacional, IMF WP/17/5.
- Durán, J. M.^a y Esteller, A. (2005). «Descentralización fiscal y política tributaria de las CCAA: una primera evaluación a través de los tipos impositivos efectivos en el IRPF», en *La financiación de las comunidades autónomas: políticas tributarias y solidaridad interterritorial*, dir. N. Bosch J. M Durán, Universitat de Barcelona.
- Landabaso, M. (2012). «What Public Policies can and cannot do for regional development», en *Innovation, Global Challenge and Territorial Resilience*, editado por P. Cooke, M. D. Parrilli and J. L. Curbelo. Elgar 2012.
- León, S. (coordinadora) (2015). «La financiación autonómica. Claves para comprender un (interminable) debate», Alianza Editorial.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública (2017). «Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica».
- OECD/KIPF (2016). «Fiscal Federalism 2016: Making Decentralisation Work». OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264254053-en>
- OECD (2016). «Does Fiscal Decentralisation Foster Regional Convergence?». Preparado por Hansjörg Blöchliger, H. Bartolini, D. y Stossberg, S. *Economic Policy Paper*, 2016, n.º 17.
- Pérez, F. y Cucarella, V. (2015). «La comparación de las necesidades de gasto por habitante», *Fedea Policy Papers* 2015/09.
- Red de Investigadores en Financiación Autonómica y Descentralización Financiera en España, RIFDE, (2012). Gen Report n.º 2.
- Vilalta, M. (2016). «Pasado, presente y futuro de la nivelación en el modelo de financiación de las comunidades autónomas», *Fedea Policy Papers* 2016/16.
- Weingast, B. (2009). «Second generation fiscal federalism. The implication of fiscal incentives». *Journal of Urban Economics*, 45.