

1. Tribuna Jurídica.
  2. Novedades Normativas.
  3. Reseña de Sentencias.
  4. Consultorio Jurídico.
- 

*Animamos a los lectores a enviarnos sus comentarios y sugerencias respecto al contenido de esta Sección. También, a plantear consultas en relación a cuestiones profesionales/laborales que afectan al colectivo de Pediatras de Atención Primaria para que nuestros colaboradores (Bufete Abdón Pedrajas) expongan razonadamente su parecer jurídico; para este propósito los lectores pueden enviar sus escritos a la dirección postal de la Revista, C/ Infanta Mercedes, 92 Bajo, 28020 Madrid, o mediante correo electrónico a [director@pap.es](mailto:director@pap.es)*

## 1.-Tribuna jurídica

---

### **La legislación laboral ante la maternidad y/o paternidad, el cuidado de los hijos y otras necesidades de atención a familiares (II)**

1.- Como ya tuve ocasión de exponer

en el número anterior, la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6 de noviembre de 1999), introdujo cambios normativos tendentes a conseguir la igualdad de oportunidades en el trabajo, entre hombres y mujeres.

2.- En el indicado estudio traté aquellas situaciones previstas en la legislación laboral que no provocan la suspensión de la relación laboral. En esta ocasión, para concluir el análisis propuesto, daré cuenta de aquellas situaciones que provocan la suspensión de la relación laboral, para finalmente, hacer una mera referencia indicativa de las garantías que se han establecido, en orden a intentar evitar que el ejercicio por parte de sus beneficiarios –típicamente, las mujeres– de los derechos que se conectan con las indicadas situaciones puedan provocar una actitud represaliadora

empresarial, motivadora del despido del trabajador/a que ha hecho uso de tales prerrogativas que la ley le reconoce.

### **III.- Suspensión de la vigencia de la relación laboral**

3.- La suspensión del contrato de trabajo, situación legal que supone la interrupción de las prestaciones principales derivadas del propio contrato, éste es, la de prestar trabajo, por un lado y la de remunerar, por otro, se regula en la legislación laboral en los artículos 45 y siguientes de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Conviene, por tanto, centrar nuestra atención, en el estudio del apartado d) del citado art. 45, en el que textualmente se establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: "Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años".

Además, la Ley del Estatuto de los Trabajadores regula en el art. 46 otro tipo de suspensión de la relación laboral que conecta con la materia estudiada, a saber, la excedencia por cuidado de hijos.

4.- **a) Maternidad.**- El contrato de trabajo puede suspenderse como consecuencia del embarazo/parto de la traba-

jadora. El contrato de trabajo que se suspenda, en caso de parto, puede ser no sólo el de la madre, sino también el del trabajador padre del hijo nacido.

El art. 48.4 del ET establece que: "*En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión*".

La Ley concede a la madre el derecho a distribuir, a su opción, este período de dieciséis semanas antes y después del parto, pero su libertad no es total, puesto que le obliga a disfrutar, en todo caso, de un período mínimo de seis semanas después del parto. Con posterioridad a este período, la Ley prevé la posibilidad de que sea el padre el que puede hacer uso del disfrute de una parte del período que reste, o de la totalidad del mismo, siempre que no haya riesgo para la salud de la madre.

Concretamente, el párrafo segundo del citado art. 48.4 ET establece: "*No*

*obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud".*

**5.- b) Riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora.-** El contrato de trabajo se puede suspender por "riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora" al amparo del art. 45.1 d) ET.

A este supuesto se refiere el artículo 26.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales: "Cuando la adaptación de las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o

*función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos".*

El párrafo tercero del art. 26 LPRL establece que: "Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado".

Por tanto, la situación de riesgo durante el embarazo deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Que se dé una situación en la que las condiciones del puesto de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la mujer trabajadora o del feto.
- Que no sea posible cambiar de puesto o función a la mujer trabajadora para que ocupe otros compatibles con su estado al amparo del art.

26.2 LPRL: que exista una imposibilidad técnica porque no existan otros puestos exentos de riesgos, o porque aún existiendo, la mujer no tenga la capacitación suficiente para cubrirlo; que exista una imposibilidad relativa, porque el cambio "no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

Los efectos de esta suspensión del contrato de trabajo son los generales para cualquier tipo de suspensión, con la particularidad de que la trabajadora, durante dicha situación, percibirá una prestación del Sistema de la Seguridad Social como ha establecido el art. 135.2 LGSS. En dicho precepto se prevé una prestación económica de un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente, que nacerá el día en que cese la prestación de servicios y se inicie la suspensión de la relación laboral, finalizando el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o cuando la mujer trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

En cuanto a la duración de esta visicitud, el art. 48.5 del Estatuto de los Trabajadores ha establecido que: *"En los supuestos de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el*

*artículo 26, apartados 2 y 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato de trabajo finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado"*.

La suspensión del contrato de trabajo podrá finalizar por:

- Porque la trabajadora pase a una situación de suspensión por maternidad.
- Desaparición de la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.

**6.- c) Adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años.-** En este supuesto de suspensión, su duración será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

El art. 48.4 párrafo 3º del ET establece: *"En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpi-*

*das, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple de dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción".*

La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

**7.- d) Excedencia por cuidado de hijos.-** Las características de este supuesto de suspensión de la relación laboral son las siguientes: reserva del puesto de trabajo durante el primer año. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equiva-

lente. Asimismo, el período en el que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad.

El art. 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores prevé lo siguiente: *"Los trabajadores tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa".*

#### **IV.- Garantías frente a represalias empresariales: la nulidad del despido**

8.- Como garantía para su efectividad, la Ley 39/99 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo una previsión en el apartado quinto del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los efectos del despido disciplinario.

Concretamente, el apartado quinto del indicado precepto prevé dos supuestos de nulidad del despido (siempre que no se declare procedente por motivos no relacionados con el embarazo o

con el ejercicio del derecho a determinados derechos o excedencias):

a) El despido de los trabajadores que se produzca durante las situaciones suspensivas previstas en el apartado d) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores que en el punto precedente se han analizado. El artículo 55.5 ET amplía dos supuestos de nulidad del despido. El apartado a) del párrafo quinto del art. 55 ET establece:

“El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período”.

b) El despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere el punto anterior; el de los trabajadores que hubieran solicitado los permisos de lactancia de un hijo menor de nueve meses, el de aquellos que disfrutaran de jornada reducida por guarda legal de menor de seis años o, finalmente, el de aquellos que hubieran solicitado la excedencia para el cuidado de menores. El párrafo b) del art. 55.5 ET concretamente determina este supuesto de nulidad del despido:

“El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma”.

Los efectos de la declaración de nulidad del despido serán: la readmisión inmediata del trabajador, sin posibilidad de eludir la incorporación con el abono de una indemnización, con el abono de los salarios dejados de percibir.

En los supuestos en los que el despido se produzca estando suspendido el contrato de trabajo, la readmisión se deberá realizar cuando cese la causa de la suspensión del mismo. El derecho a percibir los salarios de tramitación no nacerá mientras subsistió la referida suspensión, sino a partir del momento en que el trabajador/a, concluida la situación suspensiva, debió de reincorporarse a su puesto de trabajo.

**Abdón Pedrajas Moreno**

*Catedrático de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Socio Director del Bufete*

*Abdón Pedrajas*

## **2.-Novedades normativas (DE 5-3-2002 A 15-6-2002)**

---

### **Normativa estatal**

Ministerio de Sanidad y Consumo. Organización. Orden SCO/982/2002, de 30 de abril por la que se crea la Comisión de Desarrollo y Seguimiento prevista en la disposición adicional quinta de la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud (BOE 7 de mayo de 2002). Tal y como estaba previsto en la Ley 16/2001 se ha creado la Comisión que controlará el proceso.

### **Normativa autonómica**

Ley 12/2001 de 21 de diciembre de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid (BOE 5 de marzo de 2002). La Ley configura los principios rectores de la actuación sanitaria en la Comunidad, y la organización de su Sistema Sanitario a través de áreas que dependen del Consejo de Gobierno y de la Consejería de Sanidad. Diseña los mecanismos que permitirán la concurrencia de la iniciativa privada en la prestación

de servicios asistenciales, recogiendo los derechos y deberes de los ciudadanos y su modo de participación. Constituye, el Servicio Madrileño de Salud (órgano de asignación presupuestaria); se crean el Instituto Madrileño de la Salud (agrupa los centros, servicios y establecimientos sanitarios), el Instituto de Salud Pública de la Comunidad de Madrid (órgano científico y técnico), la Agencia de Formación, Investigación y Estudios Sanitarios (para mejorar la formación de los profesionales) y, la Agencia Anti-droga. Por último, se recogen las competencias de las Corporaciones Locales en materia sanitaria.

– La Comunidad Foral de Navarra ha aprobado dos normas con rango de Ley: la Ley Foral 5/2002, de 21 de marzo de modificación de la Ley Foral 10/1990 de 23 de noviembre de Salud que reforma el proceso de aprobación de los Planes de Salud y sus respectivos presupuestos, para conseguir que se encuentren respaldados por un mayor consenso Parlamentario (BOE de 1 de mayo de 2002), y la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (BOE de 30 de mayo de 2002).

– La Comunidad Autónoma de La Rioja publicó la Ley 2/2002, de 17 de



abril de la Salud (BOE de 3 de mayo de 2002). El diseño del Sistema de Salud en la Comunidad Autónoma de La Rioja es muy semejante al de la Comunidad de Madrid. No obstante, no se prevén en esta norma institutos como la Agencia de Formación y la Agencia Antidroga.

**Luis Mateos Sáez**

*Abogado. Bufete Abdón Pedrajas*

### **3.- Reseña de sentencias**

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Responsabilidad patrimonial del INSALUD por fallecimiento de una niña de cinco años como consecuencia de "sufrimiento fetal agudo". (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 12 de marzo de 2002, LA LEY, Ref. 3509/2002).**

El TS, estimando el recurso de casación interpuesto por la madre de la niña fallecida, condena al INSALUD a abonar a ésta la cantidad de 20 millones de pesetas, por el fallecimiento de su hija, a la edad de cinco años, en base a que la muerte traía causa directa en la lesiones que se le causaron durante el parto. El alumbramiento tuvo una duración de 6 minutos en su período expulsivo, presentando la niña, debido a sufrimiento fetal agudo, producido por la corta duración del expresado período, una he-

morragia subaracnoidea y hematoma bulbar. Como consecuencia de las secuelas resultantes del sufrimiento fetal, –afección neurológica muy severa, con retraso psicomotor intenso, espasticidad en los cuatro miembros y episodios de distonía, afectación perinatal con hemorragia subaracnoidea, encefalopatía y convulsiones neonatales–, la niña falleció a la edad de cinco años. La responsabilidad de la Administración deriva de la existencia de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada y el daño causado, tratándose de una responsabilidad objetiva, no siendo necesaria una acción culpable o negligente, pudiendo derivar, tanto del funcionamiento anormal como del normal desenvolvimiento de la gestión pública, por lo que no resulta necesario plantearse el extremo referido a la oportuna presencia del ginecólogo en el parto. En cuanto al importe de la indemnización, el importe se cifra en atención al resultado lesivo irreversible, a las fatales secuelas producidas y a los daños morales ocasionados a la madre por la pérdida de su segunda hija, padeciendo y soportando las gravísimas taras físicas a lo largo de cinco años.

**SOCIAL.- Denegación de complemento de atención continuada en festivos o días de libre disposición. (Sen-**



**tencia del Tribunal Supremo en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, de fecha 4 de diciembre de 2001, AR. 989/2002).**

El Tribunal Supremo reunido en Sala General estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSALUD, y declara –con cita de anterior doctrina dictada por el mismo tribunal– que no procede el abono del complemento de atención continuada por los días festivos y de libranza. El tiempo de trabajo del personal sanitario de la Seguridad Social se fija en un número de horas al año, y para el cálculo de estas horas se tiene en cuenta, el número de días laborables (diferentes para el turno de día, el nocturno y el rotatorio), descontados los de descanso entre los que se incluyen los festivos y los de libre disposición por lo que, el abono de estos días con el complemento de atención continuada significaría una duplicación injustificada del mismo ya que ha sido pagado en las jornadas nocturnas en que efectivamente han prestado servicios profesionales. La propia naturaleza de dicho complemento, en base a lo establecido en el art. 2.3.d) del Real Decreto Ley 3/1987, es la de remunerar al personal sanitario por atender a los usuarios de los Servicios de Salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada estableci-

da, pero, en cualquier caso, no para retribuir las horas de descanso.

**CIVIL.- Responsabilidad de médicos y profesionales sanitarios por contagio de SIDA, en transfusión sanguínea posterior a cesárea. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 17 de octubre de 2001, AR. 8741/2001).**

El TS considera que el hospital demandado y sus médicos incurrieron en una actuación negligente –siendo el importe de la condena de casi 25 millones de pesetas–, al no cumplir con el deber de informar a la paciente de los peligros y alternativas de la transfusión, considerando que no se produjo prestación de consentimiento válido. La información, obligada y no práctica, no se tenía que referir a la procedencia y necesidad de la transfusión, sino a los pros y los contras de tal actuación sanitaria y las posibles opciones al respecto. En el momento de la inoculación y el contagio, agosto de 1985, ya se conocía en el mundo médico los problemas del contagio del SIDA, por lo que se debía haber informado a la paciente de los riesgos de la posibilidad de contagio de tan grave enfermedad, así como las posibles alternativas. Al no constar que se informase de la precisión de recibir sangre por el descenso de los hematocritos a 20 y de las alternativas, como la de recibirla de sus familiares y

allegados y no del servicio sanitario, donde no existían garantías de no contagio, se concluye que no se prestó consentimiento válido, aun cuando se reputara necesaria la transfusión, pues ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después. La actuación negligente se ve incrementada por el hecho de que se trataba de una intervención sanitaria conocida, cual era la práctica de una cesárea, lo cual era sabido cuatro meses antes de la fecha de alumbramiento, y, conociendo los peligros de la transfusión sanguínea, no se adoptaron medidas alternativas, como la no utilización de la sangre que se encontraba en el Centro Hospitalario y la utilización de otras posibilidades que no sólo se omitieron, sino que ni siquiera se informó a la paciente.

**CIVIL.- Responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de consentimiento informado: requisitos, contenido, forma, carga de la prueba (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de fecha 27 de octubre de 2001, AR. 1079/2002).**

La señalada resolución, cuyos antecedentes fácticos se omiten por carecer de interés, analizando tanto la Ley Foral de Navarra de Salud, así como la Ley General de Sanidad, restante normativa

comunitaria en nuestro país y también la disposiciones internacionales en materia de consentimiento informado, establece al respecto las siguientes consideraciones. El paciente tiene derecho a conocer, en cualquier momento o fase del proceso asistencial, toda la información obtenida sobre su propia salud. Dicha información debe ser comprensible, completa y continuada, comprendiendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento, así como los beneficios, riesgos y alternativas asociados al mismo. Una interpretación excesivamente rígida en lo relativo a que dicha información sea "completa", pugnaría con la claridad que la comprensión de la información suministrada requiere y podría propiciar un injustificado alarmismo de incidencia negativa en el paciente. Por lo tanto, el contenido de la indicada información debe entenderse dentro de lo razonable, suficiente y adecuada en orden a que el paciente conozca su estado de salud y pueda adoptar la decisión que le concierne. En cuanto a la advertencia de los riesgos lo relevante no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo como su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate, sin que sea exigible a los facultativos la información de todos y cada

uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que puedan derivarse del acto médico. En lo relativo a la forma, ni la Ley General de Sanidad ni la legislación autonómica precisan cuando será suficiente la información verbal, o exigible la escrita. En cualquier caso, la forma escrita cumple una función meramente probatoria tanto del consentimiento como de la información que debe precederle, de tal manera que la ausencia de documentación no impide reconocer su existencia si se acredita por otros medios probatorios. No debe olvidarse que la prueba de dicho cumplimiento recae sobre el médico, no sólo por su más favorable situación para su obtención, sino también, porque el incumplimiento es un hecho negativo, cuya difícil demostración no puede imponerse a quien lo afirma. En conclusión, para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad civil por la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el paciente sufra un daño personal cierto y probado. b) Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a la misma. c) Que el paciente no hubiera sido previamente informado de dicho daño. d)

Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio, pues, en ese caso, será apreciable la responsabilidad por culpa o negligencia.

**Covadonga Fernández Álvarez**  
*Abogada. Socia Directora Adjunta*  
*Bufete Abdón Pedrajas*

#### 4. Consultorio jurídico

---

##### A. Planteamiento

“Cuando un pediatra se encuentra ausente por cualquier motivo (vacaciones, asistencia a cursos/congresos, enfermedad, etc.), el cupo de pacientes que tiene asignado suele ser atendido por otro pediatra, que acumula el cupo nuevo al suyo propio, en los días de ausencia del compañero.

Una parte de las retribuciones depende directamente del cupo de pacientes asignado a cada pediatra. Este complemento se calcula en función de una serie de parámetros como el número de pacientes, edades de éstos y dispersión geográfica de los domicilios de los pacientes respecto del Centro de salud.

Cuando un pediatra, con un cupo propio, por ejemplo, de 1.000 pacientes, sustituye a otro ausente (con un cu-

po, por ejemplo, de otros 1.000 pacientes), atiende a 2.000 pacientes un determinado número de días, y nunca recibe retribución alguna por ese número extra de pacientes asignados.

- ¿Podemos oponernos a la acumulación de pacientes en estas circunstancias? ¿Cómo plantear esta oposición?
- ¿Podemos exigir que se retribuya esta asignación extra y transitoria de pacientes?
- ¿Cómo debe plantearse esta reclamación y ante quién?

## **B. Cuestión**

Posibilidad de que el pediatra de Atención Primaria se niegue a atender a los pacientes asignados al cupo de otro compañero en supuestos de ausencia de éste. Posibilidad de que como consecuencia de estas acumulaciones se deriven derechos retribuidos para el médico que asume la asistencia de pacientes del cupo de un compañero.

## **C. Respuesta**

La primera cuestión que se formula es la relativa a la posibilidad de que los Médicos Pediatras de Atención Primaria se opongan a la asunción de la asistencia médica a pacientes asignados al cupo de otro compañero en casos de ausencia de éste.

Como en consultas anteriores, procede hacer inmediata referencia a la primacía de la atención asistencial de los pacientes frente a los intereses particulares de los Pediatras, así como al poder de dirección de las Gerencias y Direcciones.

Esta idea, combinada con las previsiones presupuestarias, evidencia, cuando menos, la imposibilidad de que un Médico Pediatra se niegue de manera inmediata y directa a atender la instrucción de asistir a pacientes de un compañero. Es decir, no es admisible un incumplimiento inmediato de la orden de atender a esos pacientes, sino que, en caso de proceder, habrá de acudir a las correspondientes vías impugnatorias.

Sin embargo, más allá de esta idea básica, puede comprobarse cómo existen normas que establecen los criterios para la determinación de los supuestos en los que, como regla general, las sustituciones del personal no deberían ser efectuadas mediante acumulación de pacientes a otro facultativo del mismo Centro, sino acudiendo a mecanismos de sustitución del médico titular ausente por terceros facultativos.

Así, por ejemplo, el Acuerdo entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más repre-

sentativas en el sector sobre atención primaria de 22 de febrero de 1992, en su pacto V, se ocupaba específicamente de las sustituciones del personal sanitario del territorio INSALUD, estableciendo los criterios de homogeneización para la gestión de esas sustituciones (v.gr. para el 100% de los profesionales cuando el EAP tengan cuatro médicos y cuatro ATS/DUE, en el resto de los casos, salvo excepciones que se detallan, cuando se trate de ausencias superiores a cinco días, etc). Junto a ello, el artículo 32 del Estatuto Jurídico del Personal Médico establece la previsión, en términos retributivos, de que se efectúen sustituciones en caso de vacaciones, enfermedad u otras ausencias del facultativo titular.

De esta manera, significando la necesidad de observar, en todo caso, la normativa legal o los acuerdos de ámbito de comunidad autónoma que puedan resultar de aplicación, hay que significar que las previsiones que se establezcan al respecto podrían facultar al Médico para solicitar que se reconociera su derecho a no asumir determinadas acumulaciones de pacientes e, incluso, impugnar, primero ante la Administración y luego en vía jurisdiccional, la concreta asignación de una acumulación de pacientes que se le efectuara.

Sin embargo, de nuevo aparecen las restricciones que se derivan del juego de dos conceptos de contenido en gran parte indeterminado: las necesidades del servicio y las posibilidades presupuestarias.

Ambos conceptos, pueden erigirse en graves obstáculos, a priori, para el éxito de las reclamaciones de los médicos. En efecto, frente a la previsión de que determinados supuestos de ausencia de médicos sean atendidos, no mediante el mecanismo de la acumulación de cupos de pacientes en un facultativo del mismo Centro, sino mediante la prestación de servicio, *ad hoc*, por terceros facultativos, las posibilidades presupuestarias y las necesidades del servicio, que en muchas ocasiones no son sino el sobrenombre que la Administración adjudica a las anteriores, impedirán la aplicación material de los mecanismos de sustitución establecidos.

En otros términos, si la situación presupuestaria no permite la aplicación de los mecanismos de sustitución, las necesidades del servicio, es decir, la imposibilidad de desatender la demanda de asistencia, justificaría la aplicación de los instrumentos de acumulación de pacientes en un facultativo. Frente a ello, no parece fácil que prosperara una acción impugnatoria del médico.

Expuesto lo anterior, debe atenderse el segundo planteamiento de la consulta. La cuestión se centra ahora en determinar si el incremento de pacientes a atender por un facultativo, como consecuencia de la asignación temporal de pacientes del cupo de otro compañero, por ausencia de éste, debe traducirse en algún incremento retributivo para el Médico Pediatra que ve multiplicados sus pacientes.

La solución a esta cuestión viene, con carácter general, de mano de lo previsto en el artículo 31 del Estatuto del Personal Médico, el cual, aunque con referencia más específica a la realización de guardias y servicios de localización, también establece, con carácter general, el carácter retribuido de las acumulaciones en un facultativo de pacientes del cupo de otro médico.

A partir de ahí, el artículo 5 y concordantes de la Orden de 8 de agosto de 1986, sin perjuicio de las previsiones específicas que puedan resultar aplicables por razón de la concreta comunidad autónoma de que se trate, establece "las remuneraciones del personal sanitario que, por necesidades de servicio, acumulen los cupos correspondientes a una o más plazas". Esta norma prevé un sistema de porcentajes.

Esta norma prevé un determinado sistema de retribución cuyo análisis, así como el de su ámbito de aplicación, supera las posibilidades de estas líneas. En todo caso, sí conviene subrayar dos aspectos a la vista de esa normativa.

En primer lugar, puede sostenerse que el Médico Pediatra que asume el cupo de uno o varios compañeros parece tener derecho a percibir una retribución superior a la que percibiría en el caso de atender sólo a los pacientes asignados a su propia plaza, en los términos que se puedan derivar de la concreta normativa autonómica que resulte de aplicación.

En segundo lugar, puede afirmarse que la retribución adicional no será, en principio, la correspondiente a la íntegra remuneración del facultativo sustituido. Es decir, el régimen aplicable a estas acumulaciones no sería el previsto en el artículo 32 del Estatuto Jurídico del Personal Médico, que prevé, con carácter general como se dijo, que "el personal sanitario que efectúe sustituciones...percibirá una remuneración igual a la que corresponda al Médico sustituido". La normativa aplicable que sería, al margen de la autonómica de aplicación, la que ha quedado previamente expuesta, al no tra-

tarse de un supuesto de sustitución, sino de acumulación de cupos, establece un sistema de porcentajes cuyo resultado no supone, en modo alguno, la íntegra retribución del facultativo ausente.

La eventual reclamación que se dirigiera respecto de esas retribuciones, debería dirigirse, en primer término, al concreto Servicio de Salud de que se trate y, posteriormente, agotada la vía administrativa, resultaría competente la Jurisdicción del Orden Social para dar

solución al eventual litigio que se planteara.

**Iván López García de la Riva**

*Abogado. Bufete Abdón Pedrajas*

Esta sección de Medicina y Derecho ha sido realizada por Bufete Abdón Pedrajas. Abogados Asociados. Pº de la Castellana, 70, 3º (Madrid). Tfn.: 91 590 39 94, Fax. 91 590 39 98 e-mail: bufeteabdonpedrajas@pedrajasabogados.com

