



Expediente 160102.001

Cliente... : AMYTS
Contrario : SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (COMUNIDAD DE MADRID)
Asunto... : RECURSO DE APELACION 493/16
Juzgado.. : TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA 7 MADRID

Resumen

Resolución

20.09.2016 LEXNET SENTENCIA 7.7.16

FALLO: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Servicio Madrileño de Salud contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 26 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales N° 493-16, que revocamos .

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la representación de la Asociación de Médicos y Titulados Superiores contra la decisión del SERMAS de aplicar el pacto de gestión entre la Gerencia de Gestión de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios para mejorar las listas de espera quirúrgica durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016, por ser ajustada a Derecho.

No procede formular condena al pago de las costas devengadas en este recurso

Saludos Cordiales

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
MADRID - SECCIÓN Nº 07 DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**
C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004
Tfno:



NIG: 28.079.00.3-2015/0024753

Procedimiento: Recurso de Apelación 493/2016

Notificación telemática de la resolución 62196903_Sentencia estimatoria en rec. de apelación de fecha null dentro del archivo comprimido 62196903_Sentencia estimatoria en rec. de apelación.zip que se anexa.

En Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta Baja -
28004
Tlfs. 914934767-66-68-69
33010310
NIG: 28.079.00.3-2015/0024753



Recurso de Apelación 493/2016

Recurrente: SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD
NOTIFICACIONES A: CALLE: SAGASTA, 0006 Madrid (Madrid)
Recurrido: ASOCIACION DE MEDICOS Y TITULADOS SUPERIORES
PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE ORBE ZALBA
MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 469/2016

Presidente:

D./Dña. Mª JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D./Dña. RAFAEL SÁNCHEZ JIMÉNEZ

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En Madrid a 07 de julio de 2016.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid , ha visto el recurso de apelación N.º 493-16, interpuesto por el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) , representado por el Letrado de la Comunidad de Madrid , contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 26 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales N.º 529-15 , que estimó en parte el recurso, interpuesto por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores , contra la decisión del SERMAS de aplicar el pacto de gestión entre la Gerencia de Gestión de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios para mejorar las listas de espera quirúrgica durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016. Es parte apelada la citada Asociación , representada por el/la Procuradora Dª. María José Orbe Zalba , y el Ministerio Fiscal . Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Rafael Sánchez Jiménez , que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 26 de Madrid se dictó sentencia , de fecha 7 de marzo de 2016, en el procedimiento Derechos Fundamentales 529/15, contra la que se interpuso recurso de apelación por la representación de la Corporación demandada, que fue admitido a trámite.

SEGUNDO.- La parte actora y ahora apelada y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso presentando sendos escritos de impugnación , tras lo cual se acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala, ante la que se han personado las partes.

TERCERO.- En el presente recurso no se ha acordado el recibimiento del procedimiento a prueba.

CUARTO.- Señalado día para la votación y fallo ello tuvo lugar en el día de ayer.

QUINTO .- En la tramitación de la presente causa se han observado todos los requisitos legales, salvo determinados plazos procesales por la acumulación de asuntos que penden ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto de esta apelación la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 26 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales N° 529-15 , que estimó en parte el recurso, interpuesto por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores, contra la decisión del SERMAS de aplicar el pacto de gestión entre la Gerencia de Gestión de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios para mejorar las listas de espera quirúrgica durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016, anulando tal

decisión y los pactos suscritos en aplicación del modelo facilitado a las organizaciones sindicales el 30 de octubre de 2015.

Alega la parte demandada y ahora apelante, en síntesis, como fundamento recurso, que el recurso era inadmisibile por extemporáneo al tener por objeto una vía de hecho, que la sentencia anula pactos posteriores al acto impugnado , que no fueron objeto del recurso, que la actuación impugnada no es susceptible del recurso al consistir en instrucciones de servicio, y , en cuanto al fondo , que la sentencia vulnera lo dispuesto en el Art. 80.4 de la Ley reguladora del Estatuto Marco sobre la no necesidad de negociación colectiva en el caso que nos ocupa.

La parte actora y ahora apelada, por su parte, se opuso al recurso alegando que el recurso era admisible , precisando , en cuanto a la extemporaneidad del mismo, que se trata de una cuestión nueva, que no se recurrió un pacto concreto sino la decisión de poner en práctica los pactos sin necesidad de negociación colectiva con vulneración del derecho a la libertad sindical, y , en cuanto al fondo , que no es de aplicación el precepto indicado del Estatuto Marco sino el Art. 37 del EBEP que exige la negociación colectiva para todo acto que , en el ejercicio de la potestad de organización , implique la modificación de las condiciones de trabajo.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso por considerar la sentencia apelada ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Planteado el recurso en los precedentes términos, procede analizar en primer lugar los motivos de impugnación basados en causas de inadmisibilidad del recurso , debiendo señalar, respecto a la pretendida extemporaneidad del mismo , que se trata de una cuestión nueva que debió plantearse en la instancia , no en fase de apelación , que tiene por objeto revisar la sentencia sobre la base de lo alegado por las partes en demanda y contestación, a lo que ha de agregarse que no nos encontramos ante una actuación constitutiva de vía de hecho sino de un acto material de la Administración, que tenía por objeto poner en conocimiento de las organizaciones sindicales su propósito de poner en marcha el citado Pacto de Gestión, por lo que , en todo caso , no cabría apreciar la inadmisibilidad del recurso en aplicación de lo previsto en el Art. 115 de la Ley 29/98 en relación con el Art. 69 e) de dicho texto legal , que establece un plazo de 10 días a contar desde la fecha del requerimiento para la impugnación de los actos constitutivos de vía de hecho.

En cuanto al motivo de impugnación relativo al pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia que declara expresamente la nulidad de *"de los pactos suscritos en aplicación del modelo facilitado a las organizaciones sindicales el 30 de octubre de 2015, en lo que pueda suponer variación de las condiciones de trabajo, por falta de negociación colectiva previa"*, ha de señalarse que el objeto del recurso, tal y como precisó la sentencia apelada, es *"la decisión de la Dirección General de Recursos Humanos de otorgar vigencia al pacto de gestión sobre apertura de quirófanos y realización de pruebas diagnósticas en turno de tarde y fines de semana, sin la preceptiva negociación de mesa sectorial"*, lo cual, como precisa la Juzgadora de instancia, se desprenden del propio escrito de interposición del recurso.

Visto lo anterior ha de concluirse que la pretensión contenida en el suplico de la demanda tendente a que *"se declare la nulidad radical de los citados pactos de gestión ordenando el cese inmediato de los mismos, así como la reposición al momento inmediato en el que se produjeron"*, ha de considerar constitutiva de desviación procesal, y, por tanto, debió dar lugar a la inadmisión del recurso sobre este extremo por parte de la Juzgadora de instancia, de modo que al no haberlo hecho así y haberse pronunciado sobre la nulidad de tales pactos incurre la sentencia en incongruencia al no haberse contraído a lo que era el objeto propio del recurso, con infracción de lo dispuesto en el artículo 33. 1 de la LJCA sobre la exigencia de congruencia de la sentencia, lo cual resulta contrario, a su vez, al carácter revisor de esta jurisdicción especializada, del que se deriva la improcedencia del recurso contencioso administrativo en relación con actuaciones sobre las que no haya tenido ocasión de pronunciarse la Administración y no se haya agotado la vía administrativa (artículo 25 en relación con el 69 apartado c) de la Ley 29/98).

Las precedentes consideraciones nos llevan a estimar el motivo de impugnación que nos ocupa, y, por tanto, a revocar la sentencia en lo concerniente al pronunciamiento anulatorio de los pactos a que anteriormente se ha hecho referencia.

Por último, respecto al motivo de impugnación basado en la causa de inadmisión del recurso consistente en tener este por objeto instrucciones de servicio no impugnables en vía contencioso administrativa, que basa la recurrente en el hecho de carecer el acto impugnado de contenido normativo, ha de señalarse que tal motivo de impugnación debe ser rechazado toda vez que no nos encontramos en presencia de una mera circular o instrucción del servicio sin contenido normativo, sino que nos hallamos, como anteriormente hemos indicado, ante un acto material de la

Administración que, como tal, es susceptible de recurso , acto que no precisa tener contenido normativo.

TERCERO .- Respecto al fondo del recurso, ha de señalarse que la cuestión fundamental objeto de controversia consiste en determinar si es de aplicación el artículo 37. 2 a) de la ley 7/07, del 12 abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público , o el artículo 80 .4 de la ley 55/2003 reguladora del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud, preceptos que contienen distinta regulación en torno a la necesidad de negociación colectiva , cuestión que ha de ser resuelta a la vista de tenor literal de tales preceptos y del ámbito de aplicación de la respectivas leyes.

El artículo 37. 2 apartado a) se establece que "*quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización.*

*Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de **los funcionarios públicos** contempladas en el apartado anterior, **procederá la negociación** de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto".*

Por su parte, el artículo 80. 4 de la ley 55/2003 establece literalmente lo siguiente : "*Quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación las decisiones de la Administración pública o del servicio de salud que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de derechos por los ciudadanos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.*

*Cuando las decisiones de la Administración o **Servicio de Salud** que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo del **personal estatutario**, procederá **la consulta** a las organizaciones sindicales presentes en la correspondiente mesa sectorial de negociación".*

Como claramente se desprende del tenor literal de tales preceptos las diferencias entre ambos, que aparecen destacadas en negrita, se refieren, por un lado, a los destinatarios de las decisiones de la Administración Pública: funcionarios y personal estatutario respectivamente , y, por otro lado, a la intervención que han de tener las organizaciones sindicales , negociación colectiva en el caso de los funcionarios, y consulta en lo que al personal estatutario se refiere , lo cual nos da una idea del

respectivo ámbito de aplicación de tales disposiciones, lo cual aparece claramente definido en el Art. 2, bajo la rúbrica “ Ambito de Aplicación” , de la ley 55/03 reguladora del Estatuto Marco , cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Esta ley es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

2. En lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente.

3. Lo previsto en esta ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma.

Por su parte el artículo 2 apartado 3 relativo igualmente al ámbito de aplicación de la ley 7/2007, de 12 abril, reguladora del EBEP, establece , literalmente lo siguiente: "*el personal docente y el personal estatutario de los servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de respectivas competencias y por lo previsto en el presente estatuto, excepto el capítulo II del título III DEL, artículos 20, y los artículos 22. 3 , 24 y 84" .*

De los aludidos preceptos se desprende claramente que el estatuto marco, y, por tanto, el citado artículo 80. Número cuatro, **que regula expresamente la materia que nos ocupa** , es de aplicación preferente al personal estatutario de los Servicios de Salud, y que, en lo no previsto en el mismo, es de aplicación la normativa relativa a la función pública , de modo que , contrariamente al criterio mantenido por la Juzgadora de instancia , la decisión adoptada por la Administración demandada , en el ejercicio de su potestad de organización , que afecta a las condiciones de trabajo del personal estatutario, no está sujeta a negociación colectiva , sino que exige la previa consulta a las organizaciones sindicales , tal y como ha sucedido en el caso que nos ocupa , tal y como se

documenta en el acta de reunión de la Mesa Sectorial celebrada el 30 de octubre de 2015, sometimiento a consulta que no se discute por la actora.

A la vista de lo precedentemente expuesto se desprende que no se ha vulnerado el derecho a la negociación colectiva como derivado del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en la Constitución, y , por tanto , ha de estimarse este recurso de apelación y , en definitiva, desestimarse la demanda.

CUARTO .- La estimación del recurso no conlleva la imposición de las costas devengadas en esta alzada a la parte apelada, y ello por aplicación de lo dispuesto en el Art. 139 de la LJCA.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Servicio Madrileño de Salud contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 26 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales N° 493-16, que revocamos .

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la representación de la Asociación de Médicos y Titulados Superiores contra la decisión del SERMAS de aplicar el pacto de gestión entre la Gerencia de Gestión de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios para mejorar las listas de espera quirúrgica durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016, por ser ajustada a Derecho.

No procede formular condena al pago de las costas devengadas en este recurso .

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. RAFAEL SÁNCHEZ JIMÉNEZ, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.