



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 5
OVIEDO
RECURSO: P.A. 640/08**

LUIS ALVAREZ FERNANDEZ
ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO
PROCURADORES
Marques de Prada, 7 - Oviedo
Teléfono: 985 24 05 97 Fax: 985 27 24 58
33004 OVIEDO

*Luis
Alvarez Fernandez*

SENTENCIA: 00333/2009

16 OCT 2009

Oviedo, 14 de Octubre de 2009

ILMO SR. DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº5 DE OVIEDO, ha pronunciado SENTENCIA, en nombre del Rey en el siguiente recurso contencioso-administrativo:

DEMANDANTE: COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE ASTURIAS, representado por el procurador D. Luis Alvarez Fernández y bajo la dirección del letrado D. Javier Alvarez Arias de Velasco.

DEMANDADO: SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO (SESPA) representada por letrado de sus Servicios Jurídicos.

ACTUACION ADMINISTRATIVA IMPUGNADA

Resolución de 5 de Septiembre de 2008 del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios por la que se desestima expresamente el recurso de alzada interpuesto contra las Instrucciones del 23 de Mayo de 2008 de la Dirección Gerencia del SESPA sobre nombramientos temporales como personal estatutario de Facultativos Especialistas de Area.

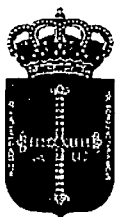
PRETENSIONES DEDUCIDAS EN LA DEMANDA

Se declare la nulidad de las Instrucciones impugnadas en los puntos primero y segundo.

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento abreviado previsto en el art.78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cuantía: Indeterminada.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora formuló la demanda que inicia el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano el 30 de Octubre de 2008.

La demanda, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictase sentencia por la que, con estimación del recurso se anulase la actuación impugnada.

SEGUNDO.- Recibido el asunto en este Juzgado quedó registrado con el número P.A.640/08 y se acordó su tramitación por el procedimiento abreviado.

TERCERO.- El 13 de Octubre de 2009 se celebró la vista, compareciendo el recurrente y el Sespa, cuyas actuaciones se recogen en la correspondiente acta que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación la Resolución de 5 de Septiembre de 2008 del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios por la que se desestima expresamente el recurso de alzada interpuesto contra las Instrucciones del 23 de Mayo de 2008 de la Dirección Gerencia del SESPA sobre nombramientos temporales como personal estatutario de Facultativos Especialistas de Area.

Los motivos de impugnación son los siguientes.

a) Frente a la Instrucción Primera (nombramientos temporales). Se adujo que el art.36 del Estatuto Marco supedita la movilidad del personal, a la Resolución motivada y a la existencia de normas o planes de ordenación de recursos humanos negociados en las mesas correspondientes. Por tanto no cabe una Resolución genérica ni prescindir de los planes de ordenación. Además la Instrucción discrimina entre personal temporal y personal en propiedad ya que la movilidad solo afecta a aquél.

b) Frente a la Instrucción Segunda (fidelización). Se adujo que la preferencia absoluta y excluyente del trabajo en Jarrio o Cangas de Narcea frente al resto del personal médico temporal en los demás Hospitales de Asturias, constituye una discriminación sin soporte objetivo. Lo relevante es valorar la experiencia profesional pero no resulta justificado ni



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

proporcional valorar el lugar geográfico de prestación de servicios. Se esgrimió la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 8 de Junio de 2009 (rec.167/09).

Por la representación de la Administración se opuso:

A) Frente a la Instrucción Primera (nombramientos temporales). La movilidad responde a la necesidad de atender el servicio sanitario ante carencias sobrevenidas, se inspira en el servicio público y en la potestad de autoorganización. Además el art.36 del Estatuto marco considera como alternativa a los planes de ordenación de recursos humanos, la existencia de normas, como el caso de la Instrucción impugnada. Se invocó la regulación del Pacto de Contratación Temporal que faculta para dictar tal Instrucción.

B) Frente a la Instrucción Segunda (fidelización). Se expuso la necesidad de evitar tanto el déficit de médicos especialistas en centros con crónicas carencias, como en Cangas de Narcea y Jarrio, estando ante una situación diferenciada que reclama trato jurídicamente diferente.

SEGUNDO.- En cuanto a la Instrucción Primera (nombramientos temporales) se trata de imponer una cláusula de “movilidad temporal por necesidades de servicio” fuera del Area sanitaria de su nombramiento en los casos de personal interino o eventual.

La finalidad de la medida es legítima y está justificada en el preámbulo de la Instrucción. Ahora bien, estamos ante una potestad de autoorganización que está sometida a los elementos reglados que la disciplinan. En particular, el art.36 del Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003 señala que “ *El personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de sus servicios de salud, negociadas en las mesas correspondientes*”. De ahí se deriva a las claras, por un lado, que la movilidad forzosa es posible, pero al tratarse de una situación anómala, consistente en el destino hacia ámbitos fuera del nombramiento, el legislador lo ha supeditado, primero, a un requisito material alternativo: o bien a la existencia de una norma o bien a la existencia de un Plan de Ordenación de recursos humanos; y segundo, a un requisito formal: la “negociación en las mesas correspondientes”; a este respecto, señalaremos que la concordancia de género y número del término antecedente “normas” con el consecuente “negociadas” impone que se predique tal exigencia negociadora tanto de las “normas” como de los “planes”. Así pues, en el caso de autos, la Instrucción alude en su preámbulo a que se recabó “informe de la Mesa de Contrataciones respectiva” (folio 10 expte), ello

con amparo en la Disposición Adicional del Pacto sobre Contratación del personal temporal del Servicio de Salud de 14/12/2001.

Sin embargo, tal “informe de la Mesa de Contrataciones” (folios 15 y 16 expte.) no puede suplir a la “negociación” encomendada a los sindicatos y localizada en una Mesa Sectorial a que alude el art.79.2 del Estatuto Marco, primero, porque el Pacto data del año 2001 y el Estatuto Marco data del año 2003, siendo esta última norma superior en rango y posterior en el tiempo; segundo, porque no existe identidad en la composición representativa de la Comisión de Contrataciones y de la Mesa de Negociación referida en el art.79.2 del Estatuto; y tercero, porque una cosa es un “informe” (pertenece a la fase previa de instrucción y se emite en plano vertical: la autoridad lo recaba y el informante lo eleva) y otra muy diferente la “negociación” (pertenece a la fase material de decisión y se desarrolla en plano horizontal: entre autoridad y organizaciones sindicales). En suma, dado que la “negociación” se encomienda a las Mesas de negociación formadas por los órganos sindicales representativos y no consta que tal Instrucción haya contado con la previa constitución y negociación mandatada por el art.36 del Estatuto Marco, que imponía abordarla en el seno de la Mesa Sectorial, es por lo que estamos ante un requisito esencial que se ha conculcado. Es más, tal exigencia de negociación nos resulta un requisito congruente con el contenido normativo de la Instrucción impugnada que afecta a un amplio colectivo (personal temporal y eventual) y al núcleo de su contenido funcional (al afectar a su destino o concreta adscripción profesional).

A este respecto, ante el temor del letrado de la Administración de la parálisis del servicio público y de la cortapisa a la potestad de autorganización, subrayaremos que no supeditamos la potestad de autoorganización al derecho de negociación sindical sino que sencillamente los armonizamos según criterio jurisprudencial. Y es que, según reiterada jurisprudencia, el derecho de negociación supone abrir un período de consultas y transacciones con la parte sindical, pero si resultase infructuoso el proceso en tal Mesa Sectorial de Negociación, ello no impide que, una vez demostrada la buena fe negociadora de la Administración, pueda dictarse e imponerse la Instrucción o Norma mas ajustada al interés público.

Por todo lo expuesto, hemos de declarar la nulidad de pleno derecho de la Instrucción Primera ya que la misma reviste naturaleza de acuerdo normativo, y se ha prescindido de un requisito esencial en su aprobación. Y ello sin que apreciemos el vicio de discriminación aludido como motivo impugnatorio en cuanto a la discriminación de tal movilidad entre personal temporal y personal fijo, puesto que se trata de colectivos diferentes que pueden verse sometidos a diferente régimen.

Y todo lo dicho sin perjuicio de lo que al respecto pueda disponer el Pacto sobre Contratación Temporal del SESPA o su Comisión de Seguimiento, que posee fuerza y vigencia propias, con sustantividad diferenciada de la Instrucción aquí impugnada, pero sin alzarse frente a las determinaciones del Estatuto marco aquí analizadas.

TERCERO.- En cuanto a la Instrucción Segunda (fidelización), y dada la sobrevaloración de los servicios médicos prestados en Cangas de Narcea o Jario respecto de servicios idénticos prestados en otros centros, la misma ha de reputarse viciada de ilegalidad por sentar una discriminación irrazonable y desproporcionada. A este respecto hemos de traer a colación y asumir el razonamiento del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de apelación 167/09, de 8 de Junio que, referida indirectamente a caso sustancialmente análogo, analiza un baremo de méritos que es utilizado erróneamente para incentivar la provisión de determinada plazas en vez de acudir a otras medidas de fomento de naturaleza retributiva o de otra índole. A este respecto la Sala explica que *“ Esa discriminación positiva al valorar unos mismos méritos, es decir, días o meses de servicios prestados, computándolos de distinta manera, no por razón del contenido de la función, sino por razón del lugar de su prestación, sí que, a nuestro juicio, infringe aquellos principios y no supera el necesario test de racionalidad que pudiera justificar la discriminación que se pretende ”*.

Por ello, hemos de declarar igualmente la nulidad de pleno derecho de la Instrucción Segunda.

CUARTO.- No se aprecian motivos para una especial condena en costas.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLO

ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE ASTURIAS FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2008 DEL CONSEJERO DE SALUD Y SERVICIOS SANITARIOS POR LA QUE SE DESESTIMA EXPRESAMENTE EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LAS INSTRUCCIONES DEL 23 DE MAYO DE 2008 DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SESPA SOBRE NOMBRAMIENTOS TEMPORALES COMO PERSONAL ESTATUTARIO DE FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE AREA.



DECLARAR LA NULIDAD DE LAS INSTRUCCIONES REFERIDAS
• EN SUS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el mismo día de su fecha. Doy fe.

