



**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 26 de Madrid**
C/ Gran Vía, 19 , Planta 6 - 28013
45028025
NIG: 28.079.00.3-2015/0024753



Derechos Fundamentales 529/2015 –MG–

Demandante/s: ASOCIACION DE MEDICOS Y TITULADOS SUPERIORES
LETRADO D./Dña. ROSA MARIA GUARDIOLA SANZ, CALLE: SANTA CRUZ DE
MARCENADO, nº 31 Esc/Piso/Prta: 1º OFIC 20-23 C.P.:28015 MADRID (Madrid)

Demandado/s: SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

ENTRADA 203

22 MAR 2016

AMYTE

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

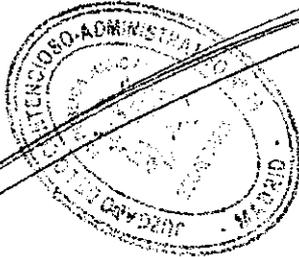
En el Derechos Fundamentales 529/2015, interpuesto por ASOCIACION DE MEDICOS Y TITULADOS SUPERIORES contra SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD se ha dictado la SENTENCIA de fecha 11 de marzo de 2016, cuya copia se adjunta.

Y para que conste y sirva de NOTIFICACIÓN a **Letrado D./Dña. ROSA MARIA GUARDIOLA SANZ**, expido la presente.

En Madrid, a 11 de marzo de 2016.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA

[Handwritten signature]



Letrado D./Dña. ROSA MARIA GUARDIOLA SANZ
CALLE: SANTA CRUZ DE MARCENADO, nº 31 Esc/Piso/Prta: 1º OFIC 20-23
C.P.:28015 MADRID (Madrid)

22 MAR. 2016



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 26
C/ GRAN VÍA, 19-6º PLANTA. MADRID.**

ASUNTO: DF 529/15

DEMANDANTE: ASOCIACIÓN DE MÉDICOS Y TITULADOS SUPERIORES DE MADRID

DEMANDADO: SERMAS

CODEMANDADO: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA nº 075/2016

En Madrid, a 7 de marzo de 2016.

La Ilma. Sra. D^a. Juana Patricia Rivas Moreno, Magistrada Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, habiendo visto los presentes autos de procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 529/15 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una, como recurrente, la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid, representada y asistida por la Letrada D^a. Rosa María Guardiola Sanz y de otra, como recurrida, el Servicio Madrileño de Salud, asistido y representado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en el que ha sido parte del Ministerio Fiscal, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha 4 de diciembre de 2015 se recibió en este Juzgado, procedente del Decanato, escrito presentado por la letrada D^a. Rosa María Guardiola Sanz, en nombre y representación de la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid., cuya tramitación correspondió en reparto a este Juzgado, en el que interponía recurso contencioso administrativo contra la decisión adoptada por el Sermas de aplicar el Pacto de Gestión entre la Dirección Gerencia de Hospitales del Sermas y los distintos servicio/unidad para establecer la mejora de la lista de espera quirúrgica ampliando la actividad programada en jornada de tarde durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016.

Segundo.- Por resolución de fecha 4 de diciembre de 2015 se tuvo por interpuesto el recurso, y se reclamó el expediente a la demandada.

En fecha 29 de diciembre de 2015, se dictó decreto por el que se acordó la continuación del procedimiento, poniendo a disposición del recurrente el expediente administrativo a fin de que pudiera formular alegaciones, lo que hizo dentro del plazo legal.

Tercero.- Por resolución de 22 de enero de 2016, con traslado de la demanda presentada, de los documentos, y del expediente administrativo, se concedió plazo a la demandada y al Ministerio Fiscal para que pudieran efectuar alegaciones y acompañar la documentación que consideraran oportuna, lo que hicieron, según consta en autos.

Cuarto.- No habiéndose solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba, ni que se evacuase el trámite de conclusiones escritas o de celebración de vista,

por resolución de fecha 16 de febrero de 2016, se acordó dar cuenta a SS^a para resolver, de conformidad con lo establecido en el artículo 64.4 de la L.J.C.A.

Quinto.- Por resolución de fecha 16 de febrero de 2016 se declararon los autos conclusos para sentencia.

Sexto.- En el procedimiento se han seguido los trámites establecidos en la Ley, a excepción del plazo para dictar sentencia, por acumulación de asuntos en el Juzgado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- Es objeto de este recurso la impugnación que formula la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS), por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, contra la decisión adoptada por la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, de poner en funcionamiento los Pactos de Gestión entre la Dirección Gerencia de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios, para la apertura de quirófanos y realización de pruebas diagnósticas en turno de tarde y fines de semana, que considera vulnera el derecho de libertad sindical consagrado en el art 28.1 de la Constitución.

Segundo.- El recurrente señala en la demanda los siguientes hechos:

Que la Dirección General de Recursos Humanos convocó a los miembros de la Mesa Sectorial de Sanidad a una reunión a celebrar el 30 de octubre de 2015, en la que se iba a tratar en el orden del día, entre otros, la *“información de la apertura de quirófanos y realización de pruebas diagnósticas en turno de tarde y fines de semana: Pactos de gestión”*, facilitando en la reunión a las organizaciones sindicales, un documento tipo, denominado *“PACTO DE GESTIÓN ENTRE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL HOSPITAL... Y EL SERVICIO/UNIDAD DE... DEL HOSPITAL... PARA ESTABLECER LA MEJORA DE LA LISTA DE ESPERA QUIRÚRGICA AMPLIANDO LA ACTIVIDAD PROGRAMADA EN JORNADA DE TARDE DURANTE LOS MESES DE NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DEL AÑO 2015 Y EL PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2016 EN DICHO SERVICIO/UNIDAD”*.

Que se formularon quejas por las organizaciones sindicales, justificadas en la falta de negociación previa del pacto, a las que contestó la administración señalando que el modelo se había traído a la Mesa una vez que se había perfeccionado, por lo que no se había podido presentar con anterioridad; y que no cabía la paralización de los Pactos, teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen, ya que quedaría afectada la asistencia sanitaria. Señalando que las cuestiones que eran competencia de esa Mesa iban a ser presentadas a la Mesa.

Destaca la actora que, según consta en el acta 5/2015, de 10 de diciembre de 2015, el Director General de Recursos Humanos afirma que *“estos Pactos se vienen haciendo desde el año 2014...”*. Y que en el expediente administrativo, constan los Pactos de Gestión suscritos entre las Direcciones Gerencias y los Facultativos desde mediados del año 2014, en distintos hospitales; de forma que considera acreditado que la administración había procedido a aplicar estos Pactos antes de informar, o iniciar la correspondiente negociación en la mesa sectorial, alegando que ello supone vulneración del derecho de libertad sindical y de negociación.

Tercero.- La recurrente considera que la decisión de poner en práctica este proyecto por decisión unilateral de la administración vulnera el derecho de las

organizaciones sindicales a participar en la negociación, derecho reconocido en el artículo 80 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en cuyo párrafo 2 k) se dispone que deberán ser objeto de negociación, en general, cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo y el ámbito de relaciones del personal estatutario y sus organizaciones sindicales con la administración pública o el servicio de salud.

La parte señala que esta obligación no puede ser eliminada en función de lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo, que excluye de la obligatoriedad de negociación las decisiones de la administración pública o del servicio de salud que afecten a sus potestades de organización. Considera que los Pactos que se ofrecen afectan directamente a las condiciones de trabajo, cambiando las mismas en aspectos esenciales, y por tanto, deben ser objeto de negociación. Y en este mismo sentido, lo establece el artículo 37, apartado 2 del Estatuto Básico del Empleado Público, al señalar que *“cuando las consecuencias de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contemplados en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto”*.

Cuarto.- La actora señala que la administración ha sustituido la negociación colectiva por la individual, en materias reservadas a esta última (sic); obviando la preceptiva negociación con la representación sindical, infringiendo el derecho fundamental a la negociación colectiva consagrado en el artículo 37.1 de la Constitución, el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución y el artículo 2.2d) de la Ley Orgánica 11/1285, de Libertad Sindical. Citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que, aunque la negociación colectiva no constituya por sí un derecho fundamental tutelable en amparo, el derecho de negociación colectiva de los sindicatos y se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación le sea otorgada por la normativa vigente. Y que el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva, en el ámbito funcional, también se integra como contenido adicional del derecho a la libertad sindical, si bien con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva (artículo 6. 3 b) y c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), siendo en ese plano de la legalidad, donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional. Pudiendo los sindicatos exigir la negociación colectiva en los términos referidos en esa normativa.

La actora señala que la necesaria negociación ha sido sustituida por una mera información, que se produce año y medio después de encontrarse en funcionamiento el pacto referido.

Quinto.- Hace hincapié también en que debe distinguirse entre negociación obligatoria y la consulta o audiencia, implicando la primera que la administración dé a conocer a las organizaciones sindicales el proyecto de regulación decisión que va a realizar, y posibilitar que las mismas pueden hacer alegaciones a ese proyecto, con independencia de que finalmente se llegue a un acuerdo o no, lo que no ha sucedido en este caso, en que ni siquiera se ha consultado con la mesa Sectorial de Sanidad con anterioridad a la aplicación.

Sexto.- La administración alega la inadmisión del recurso de amparo del artículo 69 b) y c) en relación con los artículos 19 y 25 de la Ley 29/1998, considerando que no cabe la impugnación de los Pactos de Gestión del primer cuatrimestre de 2016, ni los posteriores a 4 de diciembre de 2015, fecha de interposición del recurso, que son actos futuros respecto de la interposición, respecto de los cuales no tiene interés actual el sindicato, y por tanto carece de legitimación.

Igualmente inadmisión al amparo del artículo 69 c) de la Ley 29/1998, porque los Pactos de Gestión recurridos son meras instrucciones de servicio, que no innovan el ordenamiento jurídico. Citando, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 601/2008 que analiza la impugnación de una circular sobre la actividad adicional alternativa a la exención de guardias médicas.

En cuanto al fondo del asunto, se mantiene que no era necesaria la negociación, porque los Pactos se refieren a la potestad de autoorganización de la administración, que los sindicatos se les mostró el modelo de pacto en la reunión de la mesa sectorial de sanidad el 30 de octubre de 2015, y que la adhesión a estos Pactos es voluntaria por el personal, lo que incide en la idea de no necesidad de negociación, acompañando un informe en el sentido señalado.

Séptimo.- El Ministerio Fiscal considera impugnados en este procedimiento los pactos suscritos entre las Direcciones Gerencias de los Hospitales Públicos Madrileños y los distintos Servicios o Unidades:

- Pactos de Gestión suscritos en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.
- Pactos de Gestión suscritos en el Hospital Clínico San Carlos.
- Pactos de Gestión suscritos en el Hospital 12 de Octubre.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario La Paz.
- Pactos de Gestión del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario El Escorial.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario de Getafe.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario de Móstoles.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario Puerta de Hierro.
- Pactos de Gestión del Hospital Universitario Severo Ochoa.
- Pactos de Gestión de la Unidad Central de Radiodiagnóstico.

Solicitó la estimación de la demanda, considerando que el derecho a la libertad sindical, tanto en el ámbito laboral, como en el ámbito funcionarial, comprende el derecho a la negociación colectiva, aunque en este último caso, con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva (sentencia del Tribunal Constitucional 222/2005).

Señalando que, sobre el objeto de negociación colectiva en el ámbito estatutario, el artículo 3 del Estatuto Marco dispone que:

"Artículo 3. Normas sobre personal estatutario.

En desarrollo de la normativa básica contenida en esta ley, el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud.

Para la elaboración de dichas normas, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las mesas correspondientes en los términos establecidos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, los órganos en cada caso competentes tomarán en consideración los principios generales establecidos en el artículo siguiente, las peculiaridades propias



del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones."

Disposición que debe de completarse con lo dispuesto en el artículo 4 y 12 y 80 del mismo Estatuto, que redundan en que, en cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo, jornada laboral, tiempo de trabajo, régimen de descanso etc, deberán ser objeto de negociación, no considerando atendible la alegación de la administración, de que los Pactos de Gestión impugnados entran en la potestad organizativa de la Administración como consecuencia de la aplicabilidad del Real Decreto 521/1987 de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales.

En el mismo sentido, el artículo 37, número 1 y 2 del EBEP, que dispone que:

"Artículo 37. Materias objeto de negociación.

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.

e) Los planes de Previsión Social Complementaria.

f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.

g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.

h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

i) Los criterios generales de acción social.

j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.

k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.

l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes:

a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización.

Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que 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.



b) *La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.*

c) *La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo.*

d) *Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.*

e) *La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional."*

Y el artículo 6 de la Ley Orgánica 11/1985 [que señala en el punto 3 que "*Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativos según el número anterior, gozan de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para:...* c) *participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta y negociación*"].

Al efecto, citaba jurisprudencia que interpreta qué debe entenderse por "determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas...". Destacando la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Séptima, de 13 de marzo de 2006, cuando cita el artículo 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que precisa, respecto de los funcionarios públicos, que quedan excluidas de la negociación colectiva las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización. A propósito de ellas solamente reconoce a los sindicatos un derecho de consulta cuando puedan tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Séptima, de 16 de febrero de 2006, que identifica "*el concepto condiciones de trabajo con aquellas concretas materias y previsiones que determinan específicamente el estatus del trabajador, en definitiva cuestiones tales como la jornada laboral, el horario, las vacaciones y licencias, o, incluso, nos permite integrar en su seno cuestiones relativas a previsiones de contenido asistencial*".

En definitiva, el Ministerio Público estima que, con independencia de la bondad del objetivo de tales pactos, dirigidos a reducir la lista de espera diagnóstica y terapéutica de los Hospitales públicos a los que afecta el presente recurso, los Pactos de Gestión recurridos afectan a materia de obligada negociación sindical, y por tanto, al haberse prescindido de la misma por parte de la Administración, se ha vulnerado el Derecho a la Libertad Sindical que se alega.

Octavo.- Ahora bien, lo que se impugna por la actora 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". Así se define por la actora el objeto de su recurso.

Con el expediente, la administración ha facilitado los pactos llevados a cabo en los hospitales, pudiendo enumerarse, de forma indicativa, entre los suscritos en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, los siguientes:

Pacto de gestión suscrito entre la Dirección Gerencia, y el Servicio de Oftalmología el 3 de octubre de 2014.

Adenda continuación el pacto de gestión, suscrita el 15 de noviembre de 2014.

Adenda II de continuación para dicho servicio, de 30 de enero de 2015.

Adenda III para el mismo servicio, de 30 de abril de 2015.

Pacto de gestión entre la Dirección Gerencia y el Servicio de Radiodiagnóstico, de 1 de julio de 2014.

Adenda continuación del pacto para dicho Servicio de Radiodiagnóstico, de 15 de noviembre de 2014.

Adenda II continuación del pacto de gestión para el mismo Servicio de Radiodiagnóstico.

Adenda III para dicho servicio suscrita el 30 de abril de 2015.

Adenda IV continuación para el mismo servicio firmada el 30 de junio de 2015.

Pacto de gestión suscrito el 13 de noviembre de 2015 entre la Dirección Gerencia del Hospital y el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica con una vigencia hasta el 30 de abril de 2016.

Pacto de gestión con el Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo, suscrito el 13 de noviembre de 2015, con una duración hasta el 30 de abril de 2016.

Pacto de gestión de la misma Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ramón y Cajal y el Servicio de Oftalmología, suscrito el 1 de octubre de 2015.

Pacto con el Servicio de Geología y Cirugía Vasculat suscrita también en octubre de 2015.

Pacto de gestión con el Servicio de Radiodiagnóstico, suscrito en el 1 de octubre de 2015.

Pacto de gestión con el Servicio de Urología, suscrito el 13 de noviembre de 2015, con un plazo de ejecución de la actividad hasta el 30 de abril de 2016

Los Pactos de gestión suscritos en otros hospitales se inician también con pactos suscritos en el año 2014, así en el Hospital Clínico San Carlos, el 3 de octubre de 2014; en el Hospital 12 de Octubre, el 10 de julio de 2014; en el Hospital Universitario La Paz, el 1 de octubre de 2014; en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón el 10 de octubre de 2014; en el Hospital Universitario de Móstoles, el 15 de septiembre de 2014; en el Hospital Universitario Puerta de Hierro, el 1 de diciembre de 2014; y en el hospital del Henares, el 15 de septiembre de 2014.

Además, los suscritos en el Hospital Universitario El Escorial, se inician el 10 de marzo de 2015; los suscritos en el Hospital Universitario de Getafe, el 23 de febrero de 2015, y los suscritos en el Hospital Universitario Severo Ochoa, a partir del 19 de febrero de 2015.

Noveno.- Como se ha dicho, de los términos del recurso y de la demanda no cabe extraer que lo que se impugne sean “los pactos” concretos que se aportan por la administración al expediente. No se dice así, ni realmente podía serlo.

Debe tenerse en cuenta, en cuanto a los pactos suscritos antes de la presentación del recurso, que al haber agotado ya su plazo ejecución, su impugnación sería, posiblemente extemporánea, pero, en todo caso, inútil; y en cuanto a los firmados con posterioridad, que el recurso no se ha ampliado a éstos.

Lo que fue objeto de impugnación era “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”, según se dice en el escrito de recurso, o “la decisión adoptada por la Dirección General de Recursos Humanos de poner en funcionamiento los pactos de Gestión entre la Dirección Gerencia de los Hospitales del SERMAS y los distintos Servicios, para la apertura de quirófanos y realización de pruebas diagnósticas en turno de tarde y fines de semana”.

Aunque en la parte dispositiva de la demanda se solicita 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, condenando SERMAS a estar y pasar por dichas declaraciones a los efectos oportunos”.

Solicitud que solo puede ser atendida, en su caso, considerando los pactos suscritos acto de ejecución derivados de esa decisión que es objeto de recurso.

Décimo.- Se impugna por tanto un acto impreciso de la administración del que se infiere su voluntad de que se concierten pactos de gestión de forma individualizada, entre las Direcciones Gerencias de determinados Hospitales de la Comunidad de Madrid, y los Servicios/Unidades de los mismos que lleven a cabo procedimientos quirúrgicos en Hospitales de la Comunidad de Madrid.

El modelo de pacto no produce efectos concretos, sino, en su caso, a partir de que sean firmados los que finalmente se adopten, si bien, su entrega a las organizaciones sindicales refleja la intención de la administración de utilizar esta vía para solucionar el problema de las listas de espera en procedimientos quirúrgicos.

En cuanto la entrega supone esa programación, puede ser objeto de recurso, entendiéndose que en ese momento se pone de manifiesto el defecto que se alega por el sindicato recurrente, de no someterlo a previa negociación colectiva, antes de su firma.

No obstante, la actora pone de manifiesto que los pactos se venían firmando desde el año 2014.

Puede constatarse en el expediente como hay pactos desde el año 2014, según se ha relatado, que **también preveían un incremento de la actividad**, la asignación de incentivos (vg: folio 612 del exp.) en función de la adhesión a los pactos, y cumplimiento de los objetivos.

No puede alegar la actora desconocimiento de estos pactos, por cuanto precisamente, era requisito de su eficacia y que fueran conocidos por los profesionales que iban a participar en los mismos, profesionales que, en parte, son precisamente los asociados a la recurrente.

Al efecto, cabe destacar la falta de impugnación por la actora de estos pactos anteriores; pactos que debe presumirse que se llevaron a efecto igualmente sin ningún tipo de negociación colectiva previa, puesto que así se infiere de las alegaciones de la actora, y no se contradice por la demandada.

Existen mínimas diferencias entre unos y otros la discrepancia más significativas pueden ser la de falta de fijación concreta de los objetivos, o el hecho de que los suscritos con arreglo al pacto facilitado a las organizaciones sindicales a que se refiere la demanda especificada en concreto que el aumento de la actividad iba a suponer la apertura de los quirófanos por la tarde.

Undécimo.- Como se ha dicho, a tenor del modelo facilitado, el objeto de los pactos es la mejora de la lista de espera quirúrgica. Para ello, se preveían dos tipos de acciones. De una parte, la ampliación de la actividad programada a la **jornada de tarde**, (sin merma ni perjuicio de la que se realiza con carácter ordinario en jornada de mañana), y de otra, la derivación de procedimientos quirúrgicos a otros centros públicos sin lista de espera.

El incremento de actividad se cubriría con una asignación presupuestaria, que sufragaría los gastos en que incurriera el Servicio/Unidad; asignación que se desglosaría en gastos de personal e incentivación a los profesionales, y gastos y bienes corrientes.

En los pactos se prevé la participación voluntaria de los profesionales que prestan servicios en los correspondientes Servicios/Unidades, señalando que los Jefes de Servicio deben difundir el pacto, así como las características de los incentivos que en el



mismo se establecen, a fin de fomentar *"la corresponsabilidad de todos los profesionales en la consecución de los objetivos asistenciales y presupuestarios"*. Pero no se descarta la contratación de nuevo personal.

La asignación de incentivos, según se indica, se realizaría por el Jefe de Servicio, que, en base a los resultados de la evaluación final de los objetivos obtenidos, con las limitaciones de la cláusula novena, establecería el cumplimiento de los objetivos asistenciales para cada uno de los facultativos, personal sanitario no facultativo y personal no sanitario (esta denominación fue criticada por una de las organizaciones sindicales). Previendo que los incentivos personales puedan asignarse directamente mediante **productividad variable**, entre aquellos profesionales del Servicio/Unidad que de forma voluntaria se incorporen al pacto.

Como se ha indicado, se pueden llevar a cabo nuevas contrataciones con cargo al presupuesto asignado al pacto, pero su coste, eso sí, se detraería del reparto de incentivos individuales al personal adherido.

Duodécimo.- La demandada considera que los pactos no tenían que ser objeto de negociación, primero por ser meras instrucciones de servicio, que no innovan el ordenamiento jurídico, y segundo, por ser únicamente reflejo de la potestad de autoorganización de la administración.

Según el art. 80 del Estatuto Marco, si las decisiones de la administración o servicio de salud que afecten a sus potestades de organización tienen repercusión en las condiciones de trabajo del personal estatutario, procede únicamente la consulta a las organizaciones sindicales:

"4. 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."

En el mismo sentido, el art. 34 de la Ley 9/1987 establece que:

"Artículo 34.

1. Quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

2. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley."

No obstante, el Estatuto Básico del Empleado Público señala en el artículo 37.2 que:

"Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que 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."

Y, de conformidad con el art. 2.3 de este texto legal, su ámbito de aplicación



comprende el personal estatutario de los servicios de salud, respecto de los que señala que se registrarán *"...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 el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84."*

Y en el punto 4 que *"Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud"*.

El propio Estatuto Básico, por tanto, determina que es aplicable al personal estatutario. Y no subsidiariamente, sino directamente, sin perjuicio de la especialidad del Estatuto Marco. Siendo que los principios de la negociación colectiva no puede afectado por la especialidad que requería impedir la operatividad de la derogación por ley posterior.

Decimotercero.- En consecuencia, aún si pudiera considerarse que la decisión impugnada afecta a las potestades de organización de la administración, debería considerarse exigible la negociación colectiva previa, si afecta a las condiciones de trabajo.

El que la adhesión a los pactos fuera voluntaria por parte del personal, no supone negociación, porque no es colectiva, en ningún caso puede sustituir la voluntad individual, la función constitucional de las organizaciones sindicales.

Tampoco la firma de los pactos por los Jefes de Servicio/Unidad de los mismos, actuando estos como responsables del Servicio/Unidad, implica negociación alguna.

Si el modelo de pacto afecta a materias que requieren negociación colectiva, requerían una negociación previa en la Mesa Sectorial.

Según señala el Tribunal Constitucional, Sala Segunda, en sentencia nº 85/2001 de 26 de marzo de 2001, Rec. 877/1999

"... existen órganos que, según el legislador, son los «cauces» --como se afirma literalmente en la STC 101/1996, de 11 jul., FJ 7--, que sirven de marco legal y en el seno de los cuales se articula y desarrolla la negociación colectiva de los titulares del derecho homónimo, cauces que por ello resultan indisponibles para cualquiera de los interlocutores (los arts. 30 a 32 LORAP establecen la denominación, composición, el ámbito funcional en que tales órganos se crearán y las materias sobre las que versará la negociación). De modo que la negociación colectiva, no solo debe llevarse a cabo en relación a ciertas materias (art. 32 LORAP: «serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración pública las materias siguientes»), sino que, además, para lo que ahora interesa, debe efectuarse de acuerdo con las previsiones de la Ley 9/1987, particularmente en cuanto a los órganos a los que ésta atribuye la condición de cauce procedimental de articulación de dicha negociación.

Ello tiene ya una primera consecuencia para las alegaciones del recurrente en amparo: la negociación reclamada, contrariamente a lo afirmado por este Sindicato, no correspondía a la Junta de Personal regulada en el art. 9 de la Ley 9/1987, ya que éste no es un órgano de negociación colectiva sino de consulta e información. Se trata, según el capítulo II de la dicha Ley (arts. 3 a 29), de un órgano de representación, y no de un órgano de negociación colectiva y de determinación de las condiciones de trabajo (capítulo III de la Ley: arts. 30 a 38). Debemos pues descartar la vulneración del art. 28.1 CE que por este concreto motivo alega el Sindicato recurrente."

Decimocuarto.- Las materias que han de ser objeto de negociación son las especificadas en el artículo 80.1 del Estatuto Marco:

"Artículo 80.2 Pactos y acuerdos.

...

2. Deberán ser objeto de negociación, en los términos previstos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, las siguientes materias:

- a) La determinación y aplicación de las retribuciones del personal estatutario.*
- b) Los planes y fondos de formación.*
- c) Los planes de acción social.*
- d) Las materias relativas a la selección de personal estatutario y a la provisión de plazas, incluyendo la oferta global de empleo del servicio de salud.*
- e) La regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos.*
- f) El régimen de permisos y licencias.*
- g) Los planes de ordenación de recursos humanos.*
- h) Los sistemas de carrera profesional.*
- i) Las materias relativas a la prevención de riesgos laborales.*
- j) Las propuestas sobre la aplicación de los derechos sindicales y de participación.*
- k) En general, cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones del personal estatutario y sus organizaciones sindicales con la Administración pública o el servicio de salud.*

En este caso, el modelo no determina la forma concreta en que su desarrollo incide o puede incidir en las condiciones de trabajo de los distintos profesionales que intervendrían en el proceso. Se dice que va a incrementarse la actividad. Pero no en qué medida ese aumento de la actividad, y que se va a proceder a la apertura de quirófanos por la tarde, pero no especifica si ello va a determinar un incremento de horario o modificación de la jornada, o en qué medida. Pero es que tampoco los pactos firmados especifican estos extremos. La actora, como sindicato de profesionales a los que afecta, posiblemente conocerá si los objetivos determinan un incremento de horario o una modificación de la jornada. Pero desde luego no se pone de manifiesto.

Tampoco el modelo fija objetivos concretos a conseguir, ni establece el presupuesto a asignar en función de éstos, o las pautas con que van a ser fijados.

Decimoquinto.- Son efectivamente esos dos puntos por los que podría mantenerse la necesidad de una negociación previa obligatoria. No exigiéndose ningún tipo de negociación para la vía de actuación consistente en derivación de procedimientos quirúrgicos a otros hospitales.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, nº 1549/2010, de forma indirecta, se refiere a la necesidad de que los pactos que establecen productividad variable y los criterios para su asignación, deban ir precedidos de "negociación o en su caso consulta":

"...las resoluciones que constituyen el objeto del proceso son meros actos de ejecución en los que se asignan las cuantías individuales a cada trabajador por el concepto de productividad variable, no estableciéndose en ellas por tanto ni el contenido de los propios Pactos ni los criterios tenidos en cuenta para su asignación, en los que sí sería necesaria la previa negociación o, en su caso, consulta".

Pero el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia nº 246/2006, resolvía la impugnación de pactos de gestión, por "posible infracción de la Ley

Orgánica 11/85, de 2 de Agosto y de la Ley 9/87...", de forma desestimatoria, argumentando los siguiente:

"... consta que fueron suscritos Contratos de Gestión entre la Gerencia del Servicio Aragonés de Salud y Gerencias de Atención Primaria de Aragón con el fin de mejorar la asistencia médica en general a los pacientes atendidos por el servicio. La aplicación de estos acuerdos generó después en cada una de las unidades clínico-asistenciales la propuesta para firma de quienes prestaban servicio en ellas de los denominados Pactos de Gestión, con pretensión de conseguir los objetivos fijados a raíz de los Contratos de Gestión previamente suscritos por las Gerencias correspondientes.

La concreción que suponen los Pactos de Gestión mencionados no pretende la implantación previa, general y obligatoria para todo el personal de nuevas condiciones de trabajo, retribuciones a percibir o modo de prestación del servicio que exija norma con rango de Ley para su regulación. Ni tampoco afecta en tal manera materias de índole económica, de prestación del servicio o a la relación general de los funcionarios con la Administración porque no fijan criterios obligatorios generales a respetar necesariamente por cuantos dependan del servicio, sino concretas actuaciones a desarrollar, en cada unidad y determinados puestos de trabajo.

TERCERO.- Lo que resulta, por tanto, es que el Servicio Aragonés de Salud, a través de la oferta de suscripción de los citados Pactos de Gestión, elige un sistema de organización, con precedente próximo en el sistema instaurado antes de la transferencia de competencias desde el INSALUD. Sistema que no está basado en la imposición imperativa de criterios o instrucciones generales emanadas desde el organismo sobre quienes de él dependen, sino en la posibilidad de decisión conjunta con los implicados en la prestación final del servicio. Todo ello con el fin último de aumentar la eficacia del servicio mediante incentivación de personal y demás mecanismos recogidos en los Contratos y Pactos de Gestión. El uso de ese Sistema y no otro, es de aceptación voluntaria por los afectados, y no cabe entender por tanto, en contra de lo expuesto por el recurrente, y a falta de mayor concreción respecto de qué puntos concretos considera infractores, que entre dentro de los supuestos previstos en los artículos 30 y 32 de la Ley 9/87 sino que, por el contrario, quedan en el ámbito de organización que corresponde a la Administración, sin que por ello pueda concluirse que deban ser objeto necesariamente de negociación colectiva con participación sindical."

Es verdad que el hecho de que no requieran su fijación por ley, no implica que no tengan que ser objeto de negociación, por cuanto, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 2016 es precisamente el ejercicio válido de la potestad legislativa la que no está sometida a ningún tipo de negociación previa.

Y según se ha argumentado, no es la primera vez que se acude a este sistema, habiéndose suscrito pactos desde 2014, sin que fueran precedidos de negociación colectiva, ni se realizara impugnación alguna por los sindicatos.

Pero el hecho de que con anterioridad no se hayan impugnado, no implica una renuncia general, en este aspecto, al derecho a la negociación colectiva. Solo permitiría estimar que las organizaciones sindicales consideraron que aquellos pactos que no afectaban a las condiciones de trabajo.

Decimosexto.- El art. 43 del Estatuto Marco, se refiere expresamente a los "programas o actuaciones concretas", al referirse a las retribuciones complementarias, señalando que:

"Artículo 43. Retribuciones complementarias.

1. Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

2. Las retribuciones complementarias podrán ser:

...
c) **Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.**

..."
El modelo de pacto propuesto establece una serie de objetivos cuyo cumplimiento se compensará mediante el complemento de productividad variable. En definitiva, la administración adopta un modelo homogéneo de programa o actuación concreta, fijando como objetivos generales a conseguir la eliminación de las listas de espera, por medio de la ampliación de la actividad a la tarde, y la derivación de procedimientos quirúrgicos a otros centros públicos sin listas de espera.

No se pretende la implantación previa, general y obligatoria para todo el personal, de nuevas condiciones de trabajo, de retribuciones a percibir o modo de prestación del servicio. Pero debe entenderse que, en este caso, sí se incide en las condiciones de trabajo, siquiera sea de forma provisional, y limitada en el tiempo, de los profesionales que se adhieran, considerando que la necesidad de negociación previa no puede interpretarse sentido restrictivo.

Llama la atención que la recurrente, en su recurso, señale que la decisión trata de la apertura de quirófanos y realización de pruebas diagnósticas "en turno de tarde y fines de semana", cuando no es esto lo que se menciona en el modelo, que se refiere únicamente a la apertura de quirófanos en horario de tarde.

Pues bien, aunque se desconoce si la implantación de estos pactos supone en la práctica establecer un turno de tarde inexistente, o trabajar los fines de semana, porque ni uno ni otro extremo se deduce de esa decisión, ni se aclara por las partes. Sí puede presumirse que la apertura de quirófanos por la tarde, va a suponer una **modificación del horario o ampliación de la jornada** de aquellos profesionales que participen.

Por tanto, aunque la decisión adoptada por la administración lo sea en el ejercicio de su potestad de autoorganización, afecta a las condiciones de trabajo del personal que se adhiera, siendo ésta quizá la diferencia cualitativa entre los pactos anteriores, y el modelo propuesto en este caso. Y debe declararse nula falta de negociación previa.

Por lo que hace a los pactos concretos suscritos, como actos de ejecución derivados de la decisión que es objeto de este procedimiento, deben **anularse** (no declararse nulos) pero únicamente en lo que suponen modificación de las condiciones de trabajo de los profesionales que se hubieran adherido a los mismos.

Cabe añadir que aún que parece deducirse del acta de la reunión que los pactos iban a proponerse por razones de urgencia en la prestación del servicio, tampoco se justifica que con posterioridad a esa reunión se llevará a cabo negociación colectiva alguna, ni que haya procedido a los pactos concretos suscritos.

Decimoséptimo.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonada las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonando debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción interpuesto el recurso, la fe o temeridad".

Vista la estimación parcial de la demanda, no procede hacer expresa imposición al pago de las costas, sin perjuicio de considerar que el caso presentaba serias dudas de hecho y de derecho.

Vistos los artículos citados y demás general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, estimando como estimo, en parte, el recurso formulado por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid contra la decisión adoptada por el SERMAS de aplicar el pacto de gestión entre la Dirección Gerencia de Hospitales del SERMAS y los distintos Servicio/Unidad para establecer la mejora de la lista de espera quirúrgica ampliando la actividad programada en jornada de tarde durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer trimestre de 2016, debo declarar y declaro la misma nula, por infracción del derecho a la libertad sindical, anulando 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.

Desestimando el resto de las peticiones contenidas en la demanda.

Sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el término de QUINCE DÍAS siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 80 y concordantes de la L.J.C.A., debiendo acreditar para ello haber constituido en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, el depósito ordenado por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/09, en la cuantía de 50 euros.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

E/La Magistrada Juez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por la Magistrada Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.