



Roj: **STSJ GAL 2872/2019** - ECLI: **ES:TSJGAL:2019:2872**

Id Cendoj: **15030330012019100247**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **7/2019**

Nº de Resolución: **264/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00264/2019

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 7/2019

Apelante: Servizo Galego de Saúde

Apelada: D^a Maribel

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la **SENTENCIA**

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D. Benigno López González

D^a. María Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 22 de mayo de 2019.

El recurso de apelación 7/2019 pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por el Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado de la Xunta de Galicia contra la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018, dictada en el Procedimiento Abreviado 256/2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de Ourense, sobre programación de la actividad del servicio de pediatría del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, siendo parte apelada D^a. Maribel, representada por la procuradora D^a. Blanca Pedrera Fidalgo y dirigida por el letrado D. Eugenio Moure González.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: *"ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D.^a Maribel contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto por la actora el 25 de abril de 2017, contra la programación de la actividad del servicio de pediatría del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, que obliga únicamente al personal **temporal** a realizar guardias localizadas en el Hospital Comarcal de Valdeorras, anulando dicha resolución por ser contraria a Derecho y, en consecuencia:*

1.- Condenar a la Administración demandada a que establezca un nuevo sistema para cubrir las guardias de facultativos especialistas **pediatras** en O Barco de Valdeorras, previo trámite de consulta a los representantes de los trabajadores, respetando los principios reseñados en los fundamentos de derecho "V" y "VII" de esta sentencia, dándoles idéntico tratamiento a los **pediatras temporales** que a los fijos del CHUO para la asignación de las guardias de O Barco y remunerándolas como de "presencia física".

2.- Condenar a la Administración demandada a abonarle al recurrente la diferencia retributiva entre lo cobrado como "guardias localizadas" y lo que habría debido percibir como "guardias de presencia física" en las guardias forzosas realizadas en O Barco de Valdeorras en los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa.

Sin imposición de costas."

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y

PRIMERO : Objeto de apelación, fundamento nuclear de la sentencia de primera instancia y pretensión ejercitada por el apelante.-

Doña Maribel , facultativo especialista del área de pediatría con nombramiento **temporal**, impugnó la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de programación del servicio de pediatría del Complejo Hospitalario de Ourense (CHUO), que le obliga, como al resto de personal **temporal**, a prestar guardias localizadas en el hospital Comarcal de Valdeorras.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Ourense estimó parcialmente el recurso y condenó a la Administración demandada a establecer un nuevo sistema para cubrir las guardias de facultativos especialistas **pediatras** en O Barco de Valdeorras, previo trámite de consulta a los representantes de los trabajadores, respetando los principios reseñados en los fundamentos de derecho "V" y "VII" de la sentencia, dándoles idéntico tratamiento a los **pediatras temporales** que a los fijos del CHOU para la asignación de las guardias de O Barco, remunerándolas como de "presencia física", y asimismo condena a la Administración demandada a abonar a la recurrente la diferencia retributiva entre lo cobrado como "guardias localizadas" y lo que habría podido percibir como "guardias de presencia física" en las guardias forzosas realizadas en O Barco de Valdeorras en los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa (25/04/2017).

En dicha sentencia se funda la decisión de acogimiento parcial del recurso en que la Administración demandada está otorgando un trato discriminatorio y desigual a los **pediatras** con nombramiento interino **temporal** del CHUO respecto de los **pediatras** fijos, pues el Hospital de Valdeorras se sitúa a unos 115 km de distancia de la ciudad de Ourense, cuyo desplazamiento ha de realizarse a través de carreteras convencionales, y cuando se produce la necesidad puntual de remitir a algún facultativo pediatra de Ourense a O Barco de Valdeorras, solo se envía a uno fijo si lo acepta voluntariamente, remunerándosele el servicio como guardia presencial, a diferencia de los **pediatras temporales** interinos a los que se les impone la obligación de acudir a O Barco de manera forzosa, y además con remuneración de la guardia como guardia localizada en lugar de guardia presencial.

Añade el juzgador de primera instancia que la Administración demandada deberá de rediseñar el sistema de cobertura de las guardias pediátricas en O Barco de Valdeorras, adoptando la consiguiente instrucción u orden de servicio, que habrá de ser precedida del correspondiente trámite de consulta a los representantes de los trabajadores, y en el que, si se imponen guardias forzosas en esta localidad, habrá de exigírseles por igual a fijos y **temporales**, siguiendo un sistema objetivo de turnos, equiparándose, a efectos retributivos, de descanso, etc. a las guardias de presencia física.

Frente a dicha sentencia interpone recurso de apelación el Letrado del Sergas, interesando su revocación, y solicita que se reconozca la legalidad de la programación de guardias localizadas de pediatría en el hospital comarcal de O Barco de Valdeorras, de los criterios y de los turnos para su realización, y del pago de estas como localizadas.

A favor de su tesis invoca como motivos de apelación los siguientes: aplicación incorrecta de la normativa y deficiente valoración de la prueba en relación al derecho de la Administración sanitaria de disponer la cobertura de guardias en O Barco de Valdeorras; error en la valoración de la prueba en relación con la existencia de

discriminación entre el personal fijo y el **temporal**; y error en la aplicación de la norma respecto de la necesidad de consulta a los representantes del personal.

SEGUNDO : Aplicación de la normativa y la valoración de la prueba sobre el derecho de la Administración a disponer la cobertura de guardias en O Barco de Valdeorras.-

Esta Sala y Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un caso idéntico al presente (de hecho tanto quien promovió el anterior litigio como el presente suscriben conjuntamente la reclamación en vía administrativa) al decidir el recurso de apelación nº 320/2018, siendo iguales los términos del debate en primera y segunda instancia, por lo que se reproducirá íntegramente el tenor de la anterior sentencia que dictamos con fecha 16 de enero de 2019 a fin de mantener la unidad de criterio y garantizar la seguridad jurídica.

"A través de las consideraciones y argumentos que se recogen en el primer apartado de su recurso de apelación, el letrado del servicio Galego de Saúde trata de rebatir las consideraciones que el juez de instancia expone en el fundamento derecho segundo de la sentencia, cuando, tal como se ha adelantado en el anterior fundamento de derecho, tales cuestiones no han formado parte de la ratio decidendi en la que se apoyó el fallo de la sentencia.

El fallo de la sentencia no estimó la pretensión principal ejercitada por el actor en su demanda. A través de ella pedía la condena a la Administración demandada a no programar guardias en el Hospital Comarcal de Valdeorras.

La lectura de la sentencia, y de los argumentos que desarrolla, permiten afirmar que el juez de instancia no niega la obligación que pesa sobre las autoridades sanitarias de prestar una asistencia sanitaria pediátrica urgente en el área de O Barco de Valdeorras, que deberá de serlo además bajo el nuevo sistema de organización en áreas sanitarias instaurado por la ley 1/2018, de 2 de abril, de modificación de la ley de salud de Galicia.

*Ni siquiera se expresa de forma clara y contundente cuando en el fundamento de derecho segundo dice que ha de dársele la razón al actor sobre el régimen vigente hasta dicha modificación legal en el sentido de que "en principio" no resultaba posible ordenarlo, forzosamente, a un **médico** adscrito a un área sanitaria determinada que realizase trabajos puntuales en otra área sanitaria distinta.*

*Un pronunciamiento contrario no sería, por lo demás, congruente con la posibilidad que el juzgador a quo deja abierta y en manos de la Administración demandada de programar guardias en O Barco de Valdeorras para los **pediatras** de Ourense, cuando en el fundamento de derecho VII de su sentencia dice que "si se imponen guardias forzosas en O Barco de Valdeorras" habrá de exigírseles por igual a fijos y **temporales**, siguiendo un sistema objetivo por turnos.*

*Lo cierto es que el fallo de la sentencia limita la estimación del recurso -de ahí su estimación parcial-, al establecimiento de un nuevo sistema de cobertura de guardias de facultativos especialistas **pediatras** en O Barco de Valdeorras, y a la obligación de la Administración demandada a abonar al recurrente la diferencia retributiva entre lo cobrado como guardia localizada y lo que habría debido de percibir como guardia de presencia física, únicos extremos sobre los que, entonces, debe de versar la apelación, y a cuyo análisis se debe contraer esta sentencia".*

TERCERO : Sobre la discriminación entre el personal fijo y el personal **temporal. Inexistencia de error en la valoración de la prueba.-**

*"Lo que se cuestiona en este caso es que la programación de guardias de los **pediatras** del CHOU en el Hospital Comarcal de Valdeorras se haga empleando como criterio prioritario la condición de personal **temporal** del facultativo que haya de prestar esta asistencia, y que por tanto, tal como se dice en el escrito de oposición al recurso de apelación, el **vínculo temporal** sea empleado como criterio de preferencia para obligar al **médico** sustituto o interino a hacer las guardias en aquel hospital comarcal, a falta de voluntarios.*

Los criterios empleados para asignar la prestación de esta asistencia sanitaria son los manifestados por el Director de procesos en su declaración como testigo, avalados por el Director de RRHH.

*El Director de procesos explicó que los turnos de guardias son organizados por la jefatura de servicio, y desde el momento que, según estos criterios, a falta de voluntarios, los primeros llamados a cubrir las guardias forzosas son los contratados sustitutos, y después los interinos en orden inverso de antigüedad, y por último los fijos, también en orden inverso, se está **discriminando injustificadamente** a los **médicos pediatras** con **vínculo temporal**, respecto de los **médicos** con **vínculo** de fijeza.*

*Esta práctica resulta incompatible -tal como se recoge en la sentencia de instancia-, con lo dispuesto en la cláusula cuarta de la directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, pues implica someter a los **médicos temporales** a unas condiciones de trabajo menos favorables que a los trabajadores con **vínculo** de fijeza, en cuanto estos últimos solo se verán obligados a cubrir esas guardias de manera forzosa si, por las razones que sea, no hay personal*

temporal que pueda cubrirlas, pues estos serán los llamados en primer lugar y no podrán oponerse, viéndose obligados a desplazarse más de 100 Km para prestar la asistencia sanitaria.

Esta situación de discriminación no puede verse amparada por la potestad de organización que a las autoridades sanitarias reconoce la normativa de aplicación, y que en el ámbito de la comunidad autónoma gallega corresponde a las Gerencias de Gestión Integradas (Decreto 97/2001, de 22 de marzo, de regulación básica de los órganos de dirección, asesoramiento, calidad y participación de las instituciones hospitalarias de Sergas), pues la capacidad de organización de la Administración sanitaria debe estar guiada no solo por los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (artículo 7 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), sino, y en todo caso, al principio de legalidad (artículo 9.3 CE), debiendo actuar la Administración, aun cuando lo sea en el ejercicio de estas facultades organizativas, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE).

Y una situación de discriminación tampoco puede verse amparada por el hecho de que los criterios empleados para la cobertura de la asistencia sanitaria de guardias pediátricas en O Barco de Valdeorras sean conocidos y hayan sido aceptados por los representantes de los trabajadores, dato que además no resulta del expediente administrativo más allá del testimonio de las personas responsables de su planificación.

La discriminación constatada solo podrá entenderse eliminada si en la programación y planificación de las guardias de pediatría en el Hospital Comarcal de Valdeorras, la Administración acude a un sistema como el postulado por el juzgador a quo, esto es, a través de un sistema objetivo de turnos al que se sometan por igual a los facultativos con **vínculo** fijo y con **vínculo temporal**, y en donde el concepto retributivo también se determine en términos de igualdad.

Respecto de la consideración que deben de merecer estas guardias, como asistenciales o localizadas, no se trata en este caso de valorar las compensaciones económicas y/o de descanso que llevan aparejadas las guardias efectuadas por **médicos pediatras** en O Barco de Valdeorras, sino de comprobar si la concreta situación en la que se encuentran, y las circunstancias en las que realizan, merecen un encaje en guardias localizadas, o en guardias de presencia física.

Y sobre este extremo la Administración no rebate la afirmación que se recoge en la sentencia de instancia de que las guardias localizadas conllevan la exigencia de presentarse en el hospital en un plazo máximo de 15-20 minutos desde el momento en que se avisa al **médico**, lo que es imposible si el desplazamiento tiene que hacerse desde el hospital de Ourense, a más de 100 km del Barco de Valdeorras " .

CUARTO : Sobre la necesidad de consulta a los representantes del personal. Inexistencia de error en la aplicación de la norma.-

" El letrado del Sergas alega, por último, un error en la aplicación de la norma, en cuanto a la necesidad impuesta por el juez de instancia de consulta de los representantes del Personal.

Para negar esta necesidad el letrado de la Administración parte de la afirmación de que, cuando la Administración planifica las guardias para cubrir la asistencia sanitaria urgente en función de las necesidades asistenciales, lo hace en el ejercicio de la potestad autoorganizativa, la cual no está sujeta a negociación colectiva, ni a consulta de los órganos de representación y participación de los trabajadores, tal como se recoge en el artículo 153.2 de la ley 2/2015, de 29 de abril , de empleo público de Galicia, o en el artículo 80.4 de la ley 55/2003, de 16 de diciembre , del estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud, o en el artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la ley del estatuto básico del empleado público.

Bajo este apartado ha de darse la razón a la apelada cuando en su escrito de oposición al recurso sostiene que la regla de exclusión de la obligatoriedad de negociación colectiva con las organizaciones sindicales en materias en las que la Administración ejercita potestades de organización, cede cuando las consecuencias de estas decisiones tengan repercusión sobre condiciones de trabajo del personal estatutario (artículo 80.4 del Estatuto Marco).

Y eso es lo que sucede con la programación de guardias, que afecta a las condiciones de trabajo y a las retribuciones del personal que las presta, pues no se trata de adoptar una decisión puntual y aislada respecto de un facultativo, sino de diseñar un sistema de cobertura de guardias de **pediatras** en O Barco de Valdeorras, con determinación de unas condiciones de trabajo estables y asociadas a un determinado colectivo, en este caso el de facultativos especialistas **pediatras** que prestan servicios en el CHOU.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada " .

QUINTO : Costas procesales.-



Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , han de imponerse a la Administración apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.4 LJ , se fija en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa de la apelada, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para dar respuesta a los motivos de apelación esgrimidos.

FALLAMOS

que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Ourense de 4 de octubre de 2018 , **CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo a la Administración apelante las costas de esta alzada, fijando en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa de la apelada, fijando en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa de la apelada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0007-19), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.