

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 108/2018

Fecha de sentencia: 29/01/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1578/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

Transcrito por: RSG

Nota:

Resumen

Se estima impugnación de Pactos de Gestión suscritos entre las distintas Gerencias de los hospitales públicos madrileños y los distintos Servicios o Unidades por infracción artículo 28.1. CE.

R. CASACION núm.: 1578/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 108/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 29 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **1578/2017** interpuesto por la procuradora doña Isabel Cañedo Vega en representación de la **FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE MADRID** contra la sentencia de 2 de diciembre de 2016 dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 832/2016. Ha comparecido como partes recurridas el Ministerio Fiscal y la Comunidad de Madrid, representada y asistida por el letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios del Sindicato CC.OO de Madrid interpuso el recurso contencioso-administrativo 472/2015 por el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de la persona ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de Madrid. Se impugnaban por infracción del artículo 28.1 de la Constitución los Pactos de Gestión suscritos entre las distintas Gerencias de los hospitales públicos madrileños y los distintos Servicios o Unidades para establecer la mejora de la lista de espera quirúrgica en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, Hospital Clínico San Carlos, Hospital 12 de Octubre, Hospital Universitario La Paz, Hospital General Universitario Gregorio Marañón, los hospitales universitarios de El Escorial, Getafe, Móstoles, Puerta de Hierro, Severo Ochoa y Unidad Central de Radiodiagnóstico.

SEGUNDO.- Desestimado el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 17 de mayo de 2016, dicha representación procesal interpuso recurso de apelación 832/2016 ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se tramitó y en el que se dictó sentencia de 2 de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIO SANITARIOS DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE MADRID, representada por la Procuradora Doña Isabel Cañedo Vega, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 24 de Madrid, de fecha 17 de mayo de 2016 , dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales 472/2015, que confirmamos,

condenando a la citada apelante al pago de las costas de esta instancia hasta un máximo de 400 euros».

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios del Sindicato CC.OO de Madrid ante dicha Sección informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 8 de marzo de 2017, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la procuradora doña Isabel Cañedo Vega en representación de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios del Sindicato CC.OO de Madrid, el Ministerio Fiscal y la Comunidad de Madrid mediante escrito de su letrado, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 26 de junio de 2017, lo siguiente:

«Primero. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios del Sindicato Comisiones Obreras de Madrid (CC.OO.) contra la sentencia de 2 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima), recaída en el recurso de apelación núm. 832/2016.

»Segundo. Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

»Si, en relación con el personal estatutario de las Administraciones Públicas, el derecho de libertad sindical, en conexión con el derecho de

negociación colectiva, se ejerce en los mismos términos que rigen para el conjunto de los empleados públicos, o si existen singularidades jurídicas que permiten un tratamiento diferenciado y, en consecuencia, más restrictivo desde la mencionada óptica iusfundamental, concretamente en relación con la negociación colectiva a la que habrían de someterse –o no- las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y que repercutan sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos en atención a que éstos sean funcionarios o personal estatutario.

»Si, en tal sentido, el artículo 37.1 EBEP queda desplazado en el ámbito de la Administración sanitaria por el artículo 80.2 EMPE, circunstancia que comportaría que es conforme a Derecho una medida - adoptada sin negociación colectiva - por la cual un conjunto de empleados públicos vinculados con la Administración por una relación estatutaria se adhieren de forma voluntaria a una propuesta para prestar servicios fuera del horario laboral ordinario con el objetivo de reducir las listas de espera quirúrgicas, siendo así que -para la adopción de una medida de idénticas características en relación con los funcionarios y conforme al régimen general del EBEP- en principio se requeriría tal negociación colectiva.

»Y si, en el caso de que se entendiera que es necesaria con carácter general la negociación colectiva cuando las decisiones administrativas modifiquen las condiciones de trabajo del personal estatutario, cabría excluir esa negociación cuando el contenido de aquellas decisiones sólo incida en la autonomía individual de tales empleados públicos, que verán alteradas sus condiciones de trabajo solo cuando y en la medida en que acepten, voluntariamente, su adscripción a aquel sistema de prestación de servicios fuera del horario laboral ordinario.

»Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 31, 33 y 37.1 EBEP, así como los artículos 18.d), 78, 79 y 80.2 EMEP, en relación con el artículo 28 de la Constitución.

»*Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.*

»*Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.*

»*Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»*

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección para su tramitación y decisión, por diligencia de ordenación de 17 de julio de 2017 se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios del Sindicato CC.OO. de Madrid evacuó el trámite conferido mediante escrito de 24 de julio de 2017 en el que precisó el motivo en el que funda su recurso en la siguiente forma:

1º Expone a los efectos del artículo 92.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) la infracción de los artículos 18.d), 78, 79, 80.2 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (en adelante, Estatuto Marco), los artículos 31, 33, 37.1) del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), en relación con los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución. Expone igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que cita.

2º A tal efecto se remite a la evolución normativa 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 (en adelante, Ley Orgánica 9/1987) de lo que se deduce la prevalencia del EBEP que habría derogado las previsiones del Estatuto Marco.

3º Expone a los efectos del artículo 92.3.b) de la LJCA cuál es su pretensión en el presente recurso de casación así como los pronunciamientos que solicita en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 14 de septiembre de 2017 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó el Ministerio Fiscal solicitando, por las razones que constan en su escrito de 11 de octubre de 2017, la desestimación del recurso interpuesto con imposición al recurrente de las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; y el letrado de la Comunidad de Madrid, oponiéndose al recurso en la representación que le es propia por los motivos expuestos en su escrito de 26 de septiembre de 2017, en el que solicitó la desestimación del recurso.

OCTAVO.- Conclusas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 30 de noviembre de 2017 se señaló este recurso para votación y fallo el 16 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar tal acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada se dictó en segunda instancia en un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, por infracción del derecho a la libertad sindical en relación con la negociación colectiva (artículos 28.1 y 37 de la Constitución). Lo impugnado en la primera instancia fueron un total de cuarenta y cuatro pactos de gestión cuya finalidad era mejorar las listas de espera quirúrgica y la práctica de pruebas diagnósticas y que firmaron los gerentes de los hospitales relacionados en el Antecedente de Hecho

Primero de esta sentencia, dependientes del Servicio Madrileño de la Salud (en adelante, SERMAS) y los jefes de algunos de sus diferentes Servicios.

SEGUNDO.- Son hechos no cuestionados que el 30 de octubre de 2015 la Administración presentó en la Mesa Sectorial de Sanidad un modelo de pacto, del que la recurrente tuvo conocimiento en ese acto y que no accedió a los concretos pactos de gestión hasta una vez interpuesto el recurso jurisdiccional y dársele traslado del expediente. También son hechos no cuestionados que esos pactos suponían una medida extraordinaria que preveían ampliar la actividad de quirófanos y la realización de pruebas diagnósticas en turno de tarde y fines de semana durante los meses de noviembre y diciembre de 2015 y primer cuatrimestre de 2016, que tal actividad se desarrollaría en régimen de adscripción voluntaria y que el modelo de pacto entregado a las organizaciones sindicales un modelo de pacto no fue negociado.

TERCERO.- Los términos del pleito se han centrado en la contraposición entre el artículo 80.4 del Estatuto Marco y el artículo 37.2 del EBEP en relación con el artículo 28.1 de la Constitución. Ambas normas prevén que se excluya de la obligatoriedad de negociación aquellas decisiones de la Administración pública o del servicio de salud que afecten a sus potestades de organización, ahora bien, si esas decisiones pueden repercutir en las condiciones de trabajo el Estatuto Marco ordena que *«procederá la consulta a las organizaciones sindicales presentes en la correspondiente mesa sectorial de negociación»*; por el contrario el EBEP prevé que *«procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto»*.

CUARTO.- La sentencia de 17 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 24 de Madrid rechaza la infracción del artículo 28.1 de la Constitución y se basa en el Auto del Tribunal Constitucional 1074/1988 que inadmitió el amparo instado por unas organizaciones sindicales a raíz de la decisión de un banco de pactar con sus trabajadores un horario de jornada laboral distinto al previsto en el convenio colectivo del sector. El auto

sostiene que la libertad sindical implica libertad para el ejercicio de la acción sindical comprendiendo como medio la negociación colectiva, ahora bien, que sea un medio de acción sindical no transforma la negociación colectiva en derecho fundamental, y en ese caso no se alteraba lo pactado en el convenio del sector pues quien no se acogiese a ese pacto seguiría con el horario ahí negociado en el convenio del sector, que se respeta, luego no quedaba afectada la libertad sindical en relación con la negociación colectiva.

QUINTO.- Como se ha dicho ya, la sentencia objeto de esta casación fue dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en ningún momento se plantea la violación del artículo 28.1 de la Constitución, es decir, no contempla la posible falta de relevancia constitucional del pleito. En su lugar y con remisión a un precedente, ciñe sus razonamientos a la determinación de cuál es la norma aplicable – si el Estatuto Marco o el EBEP - para optar por el Estatuto Marco atendiendo al ámbito subjetivo de cada una de esas normas y por razón de la literalidad de las mismas, de lo que se deduce que procede la negociación para los empleados públicos regulados en el EBEP y la consulta para el personal estatutario regulado en el Estatuto Marco.

SEXTO.- Dictada sentencia desestimatoria en apelación y preparado el recurso de casación, la Sección de admisión de esta Sala lo admitió y dictó el auto cuya parte dispositiva se ha transcrito en el anterior Antecedente de Hecho Cuarto. En él se identifica como cuestión que tiene interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia que respecto de las normas a las que refiere, esta sentencia se pronuncie sobre lo siguiente:

1º Si el personal estatutario ejerce el derecho de libertad sindical, en conexión con el derecho de negociación colectiva, en los mismos términos que rigen para el conjunto de los empleados públicos o si hay singularidades jurídicas que permiten un tratamiento diferenciado, más restrictivo desde la mencionada óptica del derecho fundamental.

2º Si en el ámbito de la Administración sanitaria el artículo 80.2 del Estatuto Marco desplaza al artículo 37.1 del EBEP.

3º Si para el caso en que se entienda que es necesaria con carácter general la negociación colectiva cuando las decisiones administrativas modifiquen las condiciones de trabajo del personal estatutario, si puede quedar excluida tal negociación colectiva cuando las medidas que alteran las condiciones de trabajo sean de adscripción voluntaria.

SÉPTIMO.- Las cuestiones primera y segunda que plantea el auto de admisión se enjuician conjuntamente y al respecto cabe señalar que la negociación colectiva no forma parte en sí del contenido esencial de la libertad sindical, salvo – se añade ahora - cuando se niega o se hace imposible. Si la negociación colectiva se configura así como “medio necesario”, “medio primordial”, “instrumento básico” para el ejercicio de la actividad sindical como parte del contenido de la libertad sindical (cf. sentencias del Tribunal Constitucional 73/1984 y 98/1985), lo que se ventila es si los sindicatos pueden ejercer su “función básica” a través de la negociación colectiva (cf. sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983) cuando se alteran las condiciones de trabajo del personal estatutario al ejercer la Administración su potestad de organización.

OCTAVO.- Desde la perspectiva apuntada, se plantea en estas dos primeras cuestiones la determinación de la norma aplicable y para cuya comprensión debe partirse, en general, de la creciente laboralización del empleo público lo que se concreta en la incorporación de derechos propios de las relaciones laborales que, en su ámbito y por su propia naturaleza, obedecen a una lógica de pacto o negociación. Se incorporan así una serie de derechos a un ámbito - el funcional - regido por el poder de autoorganización de las administraciones y sujeto a un estatuto por completo normativizado (cf. artículo 103.3 de la Constitución), lo que lleva a un régimen estatutario, esto es, no resultante de la negociación sino determinado normativamente e indisponible.

NOVENO.- Sentando lo anterior, la Ley Orgánica 9/1987 ya citada reguló por vez primera estas cuestiones en ámbito de las Administraciones públicas, regulación que era aplicable directamente al personal estatutario de los servicios de salud (artículo 1.1). Así a efectos de la negociación colectiva en su redacción originaria se distinguía tres categorías de materias: las que eran negociables, las que no lo eran pero sí podían ser consultadas y las materias que no podían ni negociarse ni consultarse. En esta tercera categoría es en la que dicha ley admitía una excepción en su artículo 34.2: que si se trata de materias ni negociables ni consultables respecto de las que las Administraciones ejercen potestades de organización, si en su ejercicio se incide en las condiciones de trabajo procedería la consulta a las organizaciones sindicales.

DÉCIMO.- La evolución posterior de tal norma fue hacia la apertura de las materias susceptibles de negociación. En efecto, reformada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, se amplió el conjunto de materias objeto de negociación (artículo 32), se eliminó lo relativo a la mera consulta (cf. la redacción de los artículos 33 y 34) y se mantuvo la excepción del artículo 34.2 de la Ley Orgánica 9/1987 pero refiriéndola ya solo a las materias no negociables.

UNDÉCIMO.- Vigente la Ley Orgánica 9/1987 con esa redacción, repetimos, como ley general aplicable también al personal estatutario, se promulga en 2003 el Estatuto Marco con el que se actualizó el régimen específico del personal estatutario hasta ese momento regulado en normas dispersas, algunas reglamentarias y preconstitucionales. En su preámbulo se exponen las razones de esa regulación, pero sin que se advierta que su especificidad alcance al ejercicio de derechos colectivos, de forma que el artículo 78 se remite a la Ley Orgánica 9/1987 y al regular las materias objeto de negociación lo hace en los términos de esa ley orgánica (artículo 80.2). La consecuencia es que su artículo 80.4 reproduce el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 9/1987, en ese momento vigente, lo que permite concluir que

respecto de lo ahora litigioso el momento legislativo era de homologación del régimen del personal estatutario con el de la función pública en general.

DUODÉCIMO.- Del devenir legislativo posterior se desprende lo siguiente:

1º La Ley Orgánica 9/1987 se deroga por el EBEP y el legislador dejó inalterado el Estatuto Marco en el punto ahora litigioso, un punto en el que era clara la voluntad de legislador de mantener la igualdad de regímenes jurídicos.

2º Tal diferencia sólo puede obedecer a un desfase entre ambas normas desde el momento en que el EBEP amplía el alcance del antiguo artículo 34.2 de la Ley Orgánica 9/1987 con el nuevo 37.2, esto es, abre esta materia a la negociación y no a la mera consulta.

3º Que se trata de un desfase se deduce de que no hay razón objetiva, normativamente explicitada o deducible capaz de ofrecer un hipotético fundamento sustantivo a ese trato diferenciado basado en lo específico de las profesiones sanitarias; o dicho en otras palabras: ese desfase normativo es una circunstancia accidental sobre la que no puede construirse una razón diferenciadora sustantiva.

4º A tal efecto no es atendible la idea de que el Estatuto Marco prevalece por tratarse de una ley especial, pues ya lo era cuando estaba en vigor la Ley Orgánica 9/1987. Ahora, que el EBEP prevea que lo específico del personal estatutario se regule en el Estatuto Marco nada impide lo dicho pues fuera de lo específico rige el EBEP y esta materia no es específica.

DECIMOTERCERO.- La consecuencia de lo expuesto es la voluntad del legislador de que en esta materia y ante el mismo supuesto de hecho, la regulación sea la misma, por lo que si la norma paralela o de referencia del Estatuto Marco – la Ley Orgánica 9/1987 - fue derogada y sustituida por el EBEP que amplía el ámbito de acción sindical, cabe deducir que ese paralelismo ahora ya con referencia al EBEP, norma que es también aplicable

al personal estatutario (artículo 2.3 del EBEP) excepto en unas materias ajenas a lo litigioso. Así el EBEP como norma posterior desplaza - deroga - al Estatuto Marco en un concreto aspecto en el que siempre ha habido identidad de regulación y que por el desfase expuesto entran en contradicción. No es así preciso plantear una cuestión de inconstitucionalidad, como sostiene el Ministerio Fiscal, pues por razón de la determinación y elección de la norma aplicable el Estatuto Marco ya no es determinante del fallo al considerarse derogado en este punto, luego huelga plantearse si viola los artículos 14 y 28.1 de la Constitución.

DECIMOCUARTO.- Declarado que procede la negociación colectiva de eficacia general como tercera cuestión se plantea si, aun así, es prescindible cuando las condiciones de trabajo resultan afectadas por unas medidas en las que se concreta el ejercicio de la potestad de organización y que son de adscripción voluntaria. Pues bien, con carácter general y en abstracto cabe entender que si esas medidas inciden en las ya existentes – y que sí son objeto de negociación - se está ante una modificación de las mismas que por lo dicho deben ser también negociadas, de forma que la adscripción voluntaria es algo secundario. Por tanto, si la voluntariedad forma parte del alcance que se da a las medidas en cuestión, esa adscripción será parte de lo negociado, luego serán medidas que añadirán nuevas condiciones de trabajo a las ya negociadas y existentes.

DECIMOQUINTO.- Conforme al artículo 93.1 de la LJCA respecto de las cuestiones planteadas por el auto de admisión en el que se ha advertido que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con los artículos 31, 33 y 37.1 del EBEP y de los artículos 18.d), 78, 79 y 80.2 Estatuto Marco en relación con el artículo 28 de la Constitución (cf. anterior Fundamento de Derecho Sexto), se declaran los siguientes criterios interpretativos:

1º Que cuando la Administración sanitaria ejerce sus potestades de organización, si sus decisiones pueden repercutir sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario, éste a través de sus representantes puede

ejercer el derecho a la negociación colectiva en los mismos términos que el resto de los empleados públicos, sin que se adviertan singularidades objetivas que justifiquen un trato diferente.

2º Que siendo preceptiva por razón de lo dicho la negociación colectiva en tales supuestos, no debe quedar excluida cuando los aspectos en que consista y que afecten a las condiciones de trabajo sean de adscripción voluntaria.

DECIMOSEXTO.- Llevada tal doctrina al caso de autos, se estima el recurso de casación, se casa y anula la sentencia de 2 de diciembre de 2016 dictada en el recurso de apelación 832/2016 pues en ella la Sala de instancia no entra a juzgar sobre la afectación del derecho a la libertad sindical, siendo su enjuiciamiento más propio de un pleito en el que se ventila la elección de la norma aplicable, esto es, una cuestión de legalidad ordinaria y en ese extremo por basarse en exclusiva en la aplicación del Estatuto Marco y no el EBEP.

DECIMOSÉPTIMO.- Casada y anulada esa sentencia procede que esta Sala resuelva ya como órgano de segunda instancia las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso (artículo 93.1 de la LJCA), lo que permite una cognición plenaria de lo planteado en demanda. Así en cuanto a la inexistencia de negociación, se estima el recurso de apelación, luego la demanda, con base en lo declarado con carácter general y abstracto en esta sentencia y añadiendo lo siguiente ya respecto del concreto caso:

1º Del tenor de los pactos de gestión impugnados se deduce – porque así lo explicita alguno de ellos - que obedecen a la idea de “gestión clínica” participativa, lo que alienta la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y que llevado al caso implica la participación de los profesionales de cada servicio afectado.

2º Pues bien, para dar sentido a la palabra “pacto” cabe presumir que en su elaboración intervendrían los profesionales de cada Servicio a los efectos de implantar las actuaciones previstas sobre las listas de espera;

ahora bien, en la medida en que inciden en las condiciones de trabajo era exigible una negociación a esos efectos y que satisfaga las exigencias deducibles del artículo 28.1 de la Constitución en relación con su artículo 37.

3º Añádase que las medidas en que consisten esos pactos no se negociaron pero tampoco se consultaron como exige el Estatuto Marco, entendiéndose por consulta recabar un parecer antes de adoptar una decisión. Así es cuestión de hecho no discutida que en la Mesa Sectorial de 30 de octubre de 2015 la Administración se limitó a dar cuenta de un modelo de pacto.

DECIMOCTAVO.- En cuanto a que las medidas que presentan los pactos de gestión sean de adscripción voluntaria, se estima también el recurso contencioso-administrativo aplicando lo declarado con carácter general por esta sentencia sobre tal extremo, si bien hay que hacer las siguientes precisiones exigibles por las peculiaridades del caso:

1º Que los pactos de gestión se firmasen entre cada gerente y el jefe del Servicio afectado no significa que el primero interviniese a modo de “empleador individual”, desde su propia iniciativa. Sin entrar en los pormenores de la organización del servicio sanitario en Madrid, lo impugnado fueron pactos concretos, cierto, pero lo que se llevó a la Mesa Sectorial fue un modelo de pacto de gestión elaborado por la Administración recurrida cuya legitimación pasiva no se ha discutido y sobre ese modelo se redactaron los distintos pactos luego se está ante una iniciativa organizadora que procede de la Administración sanitaria a través del SERMAS.

2º No es así aplicable al caso el auto del Tribunal Constitucional 1074/1988. Tal auto inadmitió el amparo promovido por diversas organizaciones sindicales que alegaron que el pacto al que había llegado un banco con sus empleados no sólo no perjudicaba al convenio del sector bancario, sino que lo mejoraba y respondía a la autonomía individual del empresario que lo promovió, autonomía que no puede quedar anulada por la negociación colectiva (cf. sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985).

Desde tal presupuesto de hecho el citado auto inadmite porque entiende que en ese caso no se perjudicó el derecho a la negociación colectiva en la medida que tiene relevancia constitucional por su unión con el artículo 28.1 de la Constitución.

3º La diferencia del caso de autos con el supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional es que no se está ante un caso de autonomía individual de cada gerencia para alterar unas condiciones de trabajo generales que – hay que presumirlo - en su momento habrían sido negociadas. Por el contrario se está ante unas nuevas condiciones generales previstas ciertamente para un periodo de tiempo concreto y no para todos los servicios, que el SERMAS, es decir, la Administración recurrida, añade a las ya existentes, complementándolas.

4º En consecuencia, la voluntariedad de adscribirse a las mismas en nada quita para la exigencia de la negociación respecto de su incidencia en las condiciones profesionales y sí que tal negociación se entienda suplida por esa “gestión participativa” de los servicios afectados y sus integrantes.

DECIMONOVENO.- En cuanto a las costas, respecto de las de esta casación y por imperativo del artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. En cuanto a las de la segunda instancia, no se hace imposición (artículo 139.2 de la LJCA) y respecto de las causada en primera instancia, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad (artículo 93.4 de la LJCA en relación con el artículo 139.1 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Fijar los criterios interpretativos expresados en el Fundamento de Derecho Decimoquinto de esta sentencia.

SEGUNDO.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE MADRID** contra la sentencia 2 de diciembre de 2016 dictada en el recurso de apelación 832/2016 por la Sección Séptima de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia que se casa y anula.

TERCERO.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por la **FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE MADRID** contra la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 24 de Madrid, de 17 de mayo de 2016, dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 472/2015, sentencia que se anula.

CUARTO.- Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE MADRID** contra los Pactos de Gestión relacionados en el Antecedente Primero de esta sentencia, que se anulan con retroacción de las actuaciones para su negociación en la Mesa Sectorial de Sanidad.

QUINTO.- En cuanto a las costas, estése a lo dispuesto en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.