



Roj: **STS 5591/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5591**

Id Cendoj: **28079130042016100459**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/12/2016**

Nº de Recurso: **1107/2015**

Nº de Resolución: **2746/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1107/15 interpuesto por el procurador de los tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación del Servicio Gallego de Salud contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015 dictada en el recurso 122/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, seguido a instancias del SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA y del SINDICATO MÉDICO O'MEGA impugnando el Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud. Ha sido parte recurrida el Sindicato de Médicos de Galicia representado por el procurador de los tribunales D. Luis Arredondo Sanz. y el Sindicato Médico O'Mega representado por el procurador de los tribunales D. Jorge Deleito García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 122/2014 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª se dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2014, que acuerda: "que debemos estimar y **estimamos parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **EL SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA (SIMEGA/CESM GALICIA) Y EL SINDICATO MÉDICO O'MEGA** contra el Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud, y, en consecuencia, anulamos el artículo 10 del mencionado Decreto, en cuanto establece la **libre designación** como forma de provisión del/a director/a del área de gestión clínica, desestimando todas las restantes pretensiones planteadas, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal del Servicio Gallego de Salud se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 22 de mayo de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** La representación procesal del Sindicato de Médicos de Galicia mediante escrito de fecha 8 de abril de 2016 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

Se declara caducado el trámite de oposición concedido a la representación procesal del Sindicato Médico O'mega.

**QUINTO.-** Por providencia de 4 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo para el 20 de diciembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal del Servicio Gallego de Salud interpone recurso de casación 1107/2015 contra la sentencia estimatoria parcial de 4 de febrero de 2015 dictada en el recurso 122/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, deducido por el SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA y el SINDICATO MÉDICO O'MEGA impugnando el Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud. Anula el artículo 10 en cuanto establece la **libre designación** como forma de provisión del/a director/a del área de gestión clínica.

El PRIMER fundamento de la sentencia (completa en cendoj Roj: STSJ GAL 524/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:524 Id Cendoj: 15030330012015100047) identifica el acto impugnado mientras el SEGUNDO refleja las peticiones de nulidad de los sindicatos recurrentes.

Dedica los fundamentos TERCERO y CUARTO a rechazar la pretensión de nulidad total. Luego en el QUINTO refuta la falta de negociación colectiva al haberse sometido a la mesa sectorial en tres reuniones diferentes. Tampoco acepta la nulidad de diversos preceptos en los fundamentos SEXTO, SÉPTIMO Y UNDÉCIMO.

Lo relevante (a efectos del recurso de casación) es lo consignado en los fundamentos OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO que concluyen en la nulidad del art. 10 al establecer la **libre designación** como forma de provisión del director del área de gestión clínica.

Es significativo lo declarado en el NOVENO. *"Así pues, del transcrito art. 80 del EBEP se deriva la remisión a "las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto" a la hora de establecer los criterios para determinar los puestos a cubrir por libre designación. Y el también citado art. 30 de la Ley de Función Pública gallega distingue un doble supuesto: el de los criterios que deben inspirar al Ejecutivo o a la Administración para atribuir la libre designación (directivo o especial responsabilidad y confianza personal); y el de las categorías de puestos en que el legislador presume por su nivel orgánico y denominación que comportan la especial responsabilidad y confianza"*.

Adicionalmente encontramos ante un "Decreto autonómico que de forma directa y general atribuye en su artículo 10 la **libre designación** como forma de provisión del Director del área de gestión clínica. En el presente caso, no nos encontramos con una Ley autonómica que dispone que esa categoría o nivel deba atenderse por **libre designación**, ni tampoco se trata de una Plantilla Orgánica que para un determinado y concreto puesto de Jefatura de una específica área de gestión clínica atribuya el sistema excepcional de provisión por **libre designación** (por sus singulares características de complejidad, volumen, contenido u otras circunstancias excepcionales, debidamente explicitadas)".

Recalca se trata de una disposición reglamentaria que invade la reserva legal para atribuir de forma general a categorías de puestos concretos el régimen de provisión de **libre designación** y que deriva del art. 80 del EBEP puesto que el Decreto no solo no indica los criterios legales que le llevan a esa calificación sino que por su sola voluntad reglamentaria atribuye esa consecuencia general.

También lo vertido en el DÉCIMO en que recuerda que las SSTC 10/1989, 293/1993 y 365/1993, han declarado que el establecimiento del sistema de **libre designación** en las normas de funcionarios debe entenderse dentro del legítimo margen que la Constitución atribuye a la ley para determinar el régimen jurídico de los mismos.

Insiste en que *"el artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, prevé como norma general que sean de libre designación los puestos de trabajo de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones, pero también abre camino, excepcionalmente, para otros de nivel inferior que, como tales, figuren en la RPT. Lógicamente, para la inclusión de los puestos de nivel inferior a los de subdirectora o subdirector general, y las secretarías de altos cargos entre los que pueden ser provistos como de libre designación, será necesaria la exteriorización de las razones, relacionadas con su carácter directivo o de especial responsabilidad, que hayan llevado a la Administración a esa decisión, pues la excepcionalidad del sistema así lo impone, al apartarse de la regla general del sistema normal de concurso, como medio de evitar la arbitrariedad y controlar la racionalidad y objetividad de los motivos expuestos (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1993, 10 de abril de 1996, 10 de abril de 2000 y 12 de marzo de 2001). El anteriormente vigente artículo 20.1.b de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, precepto de carácter básico en su primer párrafo (artículo 1.3 de la misma) admitía que pudieran cubrirse por el sistema de libre designación aquellos puestos que se determinasen en las RPT, en atención a la naturaleza de sus funciones, habiéndose atendido preferentemente para ello al carácter directivo de las funciones asumidas, a su especial responsabilidad, a los puestos de asesoramiento directo adscritos a altos cargos y a los de especial confianza de aquellos puestos directivos"*.



Tras ello cita diversas SSTs con reproducción parcial de las más recientes de 24 de noviembre de 2010 y 21 de mayo de 2012, 13 noviembre de 2012, 15 de febrero de 2013 sobre la carga de justificar la decisión de utilizar la **libre designación** como forma de provisión.

Razona que el citado criterio jurisprudencial es aquí trasladable porque no se especifica ni en el preámbulo del Decreto ni en su artículo 10 la justificación individualizada de las razones por las que el puesto de director del área de gestión clínica haya de ser cubierto por el procedimiento de **libre designación** como excepción a la regla general de la cobertura por concurso. Subraya que *"no se describen las concretas circunstancias y cometidos concurrentes en el puesto de que se trata que permitan valorar si es o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad, por lo que si se considerase conforme a Derecho aquella forma de provisión se abriría una vía de escape a la mencionada regla general."*

No reputa relevante los argumentos de la administración para excluir la necesidad de exteriorización de las razones que justifiquen individualizadamente la opción por el sistema de **libre designación**.

Entiende que *"la permanencia en la situación de servicio activo del personal estatutario que participa en un área de gestión clínica (art. 11.2 del Decreto) no excusa de la expresión de aquellas razones que han determinado la opción por un sistema excepcional de nombramiento"*.

Tampoco *"el hecho de que el nombramiento del director de área no determine la creación de una nueva plaza de plantilla"*.

Señala que *"si con el anterior argumento se trata de indicar que no se trata de un puesto autónomo, porque el designado sigue en el desempeño de las funciones propias de su categoría profesional, resulta inútil la alegación, ya que expresamente se habla en el apartado 2 de aquel artículo 10 de que en la convocatoria se especificará el perfil "del puesto", así como los requisitos y los conocimientos y habilidades exigidas para su desempeño. Asimismo, en el apartado 1 se concreta que el nombramiento será previa convocatoria pública, en la que se fijarán los requisitos y criterios para su selección, es decir, se define el procedimiento que marca el camino para la **designación** de quien haya de ocupar el puesto"*.

Concluye que *"la búsqueda de la conjunción con la estrategia de la organización y la posesión de la capacidad de liderazgo no puede entrañar una vía que permita olvidar la necesaria concurrencia de los principios de mérito y capacidad, que han de regir en todo caso en el seno de la función pública, incluyendo no sólo el acceso sino también la provisión, porque estos principios, derivados de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, operan no sólo en el momento inicial de acceder a la función pública sino también en el posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa (lo que comprende la provisión de puestos de trabajo), porque aquel derecho alcanza igualmente a la permanencia en la condición funcional, que no es inmóvil en un determinado puesto sino dinámica y evolutiva, abierta a cambios, que se realizan y actualizan mediante los procedimientos de provisión, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo ( STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3)"*.

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción del art. 80 del EBEP, por indebida aplicación y del art. 29 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Empleado Público, por inaplicación.

Invoca que la legislación autonómica aplicable establece el sistema de **libre designación** de los puestos que se determinen en la relación de puestos de trabajo y como no existen en el ámbito del Servicio Gallego de Salud se debe acudir a la normativa estatutaria autonómica.

A su entender el precepto anulado no invade reserva legal alguna. Defiende que en el ámbito estatutario los puestos pueden cubrirse mediante **libre designación**.

Recalca que no se trata de la provisión de una vacante dotada presupuestariamente, sino de otorgar unas funciones superiores de coordinación a una persona que seguirá en el desempeño de las suyas habituales en el puesto de trabajo.

1.1. La representación del Sindicato de Médicos de Galicia muestra su oposición a los dos primeros motivos.

Recuerda que no existe mención alguna a la **libre designación** en el PORH del SERGAS así como que el art. 40 del Decreto 206/2005 establece el concurso de méritos como sistema ordinario.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrime infracción del art. 80 del EBEP por concurrir los requisitos previstos en el mismo para la provisión del puesto de director de área por el sistema de **libre designación**.

Alega que en las funciones asignadas en el Decreto al director de área concurren las notas de superior dirección y responsabilidad necesarias para que ese sistema pueda considerarse justificado.



Señala que nos encontramos ante una norma reglamentaria que define las funciones del director de área sin que sea preciso motivar cada precepto concreto del articulado.

Insiste en que basta leer las funciones del director de área para comprobar que concurren las notas de responsabilidad y confianza que justifican su provisión por el sistema de **libre designación**.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA invoca infracción de las SSTS de 10 de abril de 1996, 10 de abril de 2000, 22 de enero y 16 de junio de 2007, por indebida aplicación, pues la sentencia ahora impugnada las cita. Señala que están referidas a la impugnación de RPT's, que no hace al caso, pues se impugnó en la instancia una norma reglamentaria, en la que las exigencias de motivación son distintas, resultando que en este caso las exigencias de motivación derivan del articulado del Decreto por referencia a las funciones desempeñadas.

Destaca que no se trata de la cobertura de una plaza de plantilla, sino del nombramiento del director de área, que no supone la dotación de una plaza de nueva creación.

Finalmente razona que lo argumentado por la Sala de Galicia en torno a la justificación del sistema de **libre designación** difiere de otros precedentes, como es el caso de la STSJ Galicia de 21 de febrero de 2001, donde se analizaba el establecimiento de coordinadores de psiquiatría en un Decreto autonómico.

3.1. También lo objeta el Sindicato de Médicos de Galicia con mención de la jurisprudencia reflejada en la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** La cuestión sometida a debate en este recurso ya ha sido enjuiciada por este Tribunal Supremo. Así en Sentencia de 19 de mayo de 2016 desestimó el recurso de casación 1214/2015 deducido por la Xunta de Galicia frente a Sentencia del TSJ de Galicia que había anulado el art. 10 del Decreto 36/2014 al estimar el recurso planteado por el Colegio oficial de médicos de Pontevedra.

Si bien allí se suscitaban dos motivos, frente a los tres aquí planteados, lo cierto es que primero y segundo constituyen redundancia de los preceptos invocados como infringidos por lo que, en aras de la seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede reproducir lo allí vertido al analizar conjuntamente los motivos para rechazarlos.

Se dijo que " *la jurisprudencia de esta Sala, considera que es preciso justificar expresamente los motivos por el que se opta por el sistema excepcional de **libre designación** frente al ordinario del concurso. En efecto, considera que no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la **libre designación**, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia*".

A lo dicho en la sentencia que confirmó la nulidad del art. 10 controvertido, y por tanto su expulsión del ordenamiento, debe añadirse que no resulta improcedente la invocación por la Sala de instancia de las SSTS de 10 de abril de 1996, recurso de apelación 3141/1992 y 10 de abril de 2000, recurso casación 3681/1996. Independientemente de que se hubieren dictado con ocasión de la impugnación de Relaciones de Puesto de Trabajo, la segunda enmarcada en la impugnación de decretos territoriales, lo cierto es que plasman la doctrina de esta Sala no solo acerca de cómo deben proveerse los puestos de **libre designación** sino de qué puestos pueden cubrirse por este sistema.

Doctrina luego reiterada en las demás Sentencias recogidas por la Sala de instancia y cuya continuidad se revela no solo en la de 19 de mayo de 2016 sino también en la de 4 de febrero de 2016, recurso ordinario 665/2014. En esta última se insiste en que el sistema de **libre designación** se ha de utilizar a título de excepción, en aquellos supuestos en que se justifique debidamente en consideración de la naturaleza de los puestos de trabajo de cuya provisión trate su necesidad (FJ 6º).

No prosperan los motivos.

**CUARTO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil, la cantidad de 3000 euros.



Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal del Servicio Gallego de Salud contra la sentencia estimatoria parcial de 4 de febrero de 2015 dictada en el recurso 122/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, deducido por el SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA y el SINDICATO MÉDICO O'MEGA impugnando el Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud. Anula el artículo 10 en cuanto establece la **libre designación** como forma de provisión del/a director/a del área de gestión clínica. En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.