



Roj: **STSJ ICAN 1848/2007 - ECLI:ES:Tsjican:2007:1848**

Id Cendoj: **38038330012007100184**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2007**

Nº de Recurso: **1331/2003**

Nº de Resolución: **114/2007**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAFAEL ALONSO DORRONSORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1848/2007,**
STS 6407/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CANARIAS
Sala de lo Contencioso Administrativo
Santa Cruz de Tenerife
Sección 1ª

SENTENCIA Nº 114

Recurso nº **1331/2003**

Ilmos. Sres:

Presidente

D. Ángel Acevedo Campos

Magistrados

Dª María Pilar Alonso Sotorrío

D. Rafael Alonso Dorronsoro (ponente)

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veintisiete de febrero de dos mil siete.

Visto, en nombre del Rey, por la Sala de lo contencioso-administrativo de esta capital, el presente recurso tramitado por el procedimiento ordinario, interpuesto a nombre del demandante SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE CANARIAS, representado por la procuradora Sra. Santana Padrón y defendido por letrado; como administración demandada la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, defendida y representada por letrado de los Servicio Jurídico del Gobierno Autónomo; parte codemandada SINDICATO PROFESIONAL DE MÉDICOS DE TENERIFE, representado por la procuradora Sra. González de Rivera y dirigido por el letrado Sr. León González; versando sobre «decreto 278/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de Salud (Boletín Oficial de Canarias nº 223, de 14 de noviembre)».

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo formalizando demanda en la que solicitaba que se dictara sentencia declarando la nulidad de pleno derecho del decreto impugnado.

SEGUNDO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia por la que se inadmita la demanda o, subsidiariamente, se desestime por ajustarse al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte demandante.

La parte codemandada, Sindicato Profesional de Médicos de Tenerife, igualmente interesó se dicte en su día sentencia, desestimando la demanda con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Recibido el juicio a prueba se practicaron las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta, se continuó el proceso por el trámite de conclusiones, que las partes evacuaron, quedando finalmente señalado el día y hora para votación y Fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Al amparo del artículo 69.b) de la Ley de la Jurisdicción, opone la Comunidad Autónoma causa de inadmisibilidad de la demanda, al faltar el acuerdo del órgano competente del sindicato recurrente para entablar la acción.

La exigencia de su aportación deriva de lo dispuesto en el artículo 45.d) de la Ley, referido a los documentos que se acompañarán al escrito de interposición, a cuyo tenor:

«El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.»

No cabe confundir este requisito, referido al órgano competente para autorizar la iniciación de acciones legales, con la facultad para otorgar poderes en nombre de la persona jurídica, aunque resulte posible insertar sus presupuestos en el cuerpo del poder a procuradores.

En el caso actual, obra al folio 10 del recurso la certificación del acuerdo adoptado en la reunión de la Comisión Ejecutiva (órgano de dirección permanente de la Organización) celebrada el 27 de noviembre de 2003, en Santa Cruz de Tenerife, instando el ejercicio, en nombre del sindicato, de las acciones judiciales que procedan contra el decreto 278/2003.

SEGUNDO.- Se plantea la nulidad del decreto por extralimitarse de la disposición legal que desarrolla, disposición adicional decimoséptima de la Ley territorial 13/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2003:

«Complemento de productividad del personal facultativo fijo del Servicio Canario de la Salud que percibe sus retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre.

El complemento de productividad del personal facultativo fijo del Servicio Canario de la Salud que percibe sus retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, remunerará, entre otros, la participación de dicho personal en un programa de carrera profesional.

El Gobierno, mediante decreto, desarrollará el modelo de carrera profesional y fijará la cuantía individual a percibir en cada nivel, dentro de las dotaciones presupuestarias establecidas a tal fin.

El modelo de carrera que se establece, como medida de motivación profesional, contemplará, entre otros, el reconocimiento de la cualificación, experiencia en las tareas asistenciales, investigación, participación en la docencia y cumplimiento de objetivos.

Inicialmente se aplicará a los facultativos de atención especializada, extendiéndose posteriormente al resto del personal facultativo y categorías para las que así lo prevea la normativa básica.

El modelo de carrera profesional aprobado por el Gobierno de Canarias, se ajustará a la normativa básica que al respecto establezca el Estado.»

En este punto se interpreta que la disposición adicional 17ª, configuraba la habilitación del ejercicio de la potestad reglamentaria, sometiéndola a la condición -suspensiva- de la aprobación de la normativa estatal básica, lo que se produjo mediante la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que sancionó el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (transcripción del dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Canarias). Por lo que el reglamento, publicado con anterioridad -el día 14 de noviembre de 2003-, se extralimitó.



La necesidad de mantener una regulación especial para el personal de los servicios sanitarios, cuyo régimen estatutario preconstitucional estaba representado por los tres estatutos del personal al servicio de la Seguridad Social (Personal Médico, Personal Auxiliar Sanitario y Auxiliar de Clínica y Persona no Sanitario) y las disposiciones que los modificaron y completaron, fue preservada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que en su disposición transitoria cuarta mantuvo vigente el régimen estatutario, determinando que sería objeto de una legislación especial. Normativa básica, específica y diferenciada, aludida también por la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril, en su artículo 84 .

La ausencia de la promulgación de la normativa básica, no obstante, no impide a las Comunidad Autónoma legislar sobre la materia (sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio y 173/1998, de 23 de julio), ajustándose a las bases que resulten de la legislación preconstitucional, y sin perjuicio del desplazamiento que la normativa autonómica sufre, una vez aprobado el Estatuto Marco.

TERCERO.- La transcrita disposición adicional 17ª de la Ley territorial 13/2002, contiene una habilitación legal suficiente que ampara al decreto 237/2003, de 13 de noviembre , reglamento que deberá respetar la normativa básica preconstitucional existente al momento de su aprobación, sin perjuicio, se reitera, de la prevalencia de la legislación estatal básica en la materia, representada por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y la ya citada 55/2003, de 16 de diciembre, pero sin que pueda argüirse la nulidad de la disposición reglamentaria invocando la legislación básica posterior.

El inciso final de la disposición adicional:

«El modelo de carrera profesional aprobado por el Gobierno de Canarias, se ajustará a la normativa básica que al respecto establezca el Estado»; no lo interpreta la Sala -sin perjuicio del respeto que nos merece el dictamen del Consejo Consultivo-, como el establecimiento de una condición suspensiva, en espera de la aprobación de la normativa básica del Estado.

Se afirma que en el momento de la aprobación de la Ley 13/2002, el legislador era consciente de que se encontraba en trámite la elaboración de diversos proyectos de ley que contenían normativa básica y decidió condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria a su aprobación.

Pero lo cierto es que esa conclusión no se extrae del texto de la Ley, ya que si el Legislador -ya consiente, según se afirma- hubiese querido condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en un momento en el que aun no era posible inferir una fecha cierta de aprobación del texto legal, podía haberlo hecho en términos precisos. Porque del texto aprobado no resulta la imposición de aquella condición, y el Gobierno, dentro del marco configurado por la legislación preconstitucional, actuó conforme a la Ley al aprobar el reglamento ejecutivo, sin perjuicio de las consecuencias que produce la aprobación de la normativa estatal básica posterior.

CUARTO.- En consecuencia, rechazado este primer motivo, la impugnación del decreto procederá, en todo caso, por su contradicción con la normativa básica preconstitucional.

Impugna la parte, en primer lugar, el artículo 1.3 del decreto afirmando que al disponer que «la carrera profesional» que regula, se aplique sólo al personal facultativo fijo de atención Especializada y de Atención Primaria, no se ajusta a lo determinado en la disposición adicional 17ª, en cuanto se refiere a todo el personal fijo con independencia del carácter de las funciones que ejerza, lo que también contradice el apartado 1 del artículo 1.

La disposición transitoria 17ª, establecía:

"... Inicialmente se aplicará a los facultativos de atención especializada, extendiéndose posteriormente al resto del personal facultativo y categorías para las que así lo prevea la normativa básica.

..."

El decreto impugnado en el artículo 1.3:

«3. La carrera profesional será de aplicación al personal facultativo fijo -tanto del nivel de Atención Especializada como del de Atención Primaria- del Servicio Canario de la Salud, que percibe sus retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud.»

La exposición de motivos que incorpora, señala que el Servicio Canario de Salud, persigue "... una progresiva implantación de la carrera profesional, sin perjuicio de su posterior adaptación a lo que establezca la normativa estatal de carácter básico".



La regulación reglamentaria no resulta contradictoria con la disposición legal, que no establecía la aplicación de la carrera profesional en un solo reglamento a todo el personal fijo del Servicio Canario de Salud, sino de una manera sucesiva, comenzando -al menos- por el personal facultativo de atención especializada.

El apartado examinado es respetuoso con la habilitación legal.

QUINTO.- El artículo 4.3 -b), sostiene la actora, que discrimina a los médicos de cupo, porque no cumplen el requisito de percibir sus retribuciones por el sistema establecido en el Real Decreto 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de Salud:

«3. Serán requisitos para el encuadramiento en cada uno de los niveles, bien por acceso a la carrera profesional, bien por promoción de nivel, los que se indican a continuación:

a) Ostentar la condición de personal facultativo fijo del Servicio Canario de la Salud.

b) Percibir las retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud.»

La disposición adicional 17ª se refiere al: «Complemento de productividad del personal facultativo fijo del Servicio Canario de la Salud que percibe sus retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre ».

El reglamento no se aparta de la ley que lo habilita.

La parte recurrente pretende comparar, para extraer la conclusión de un trato desigual, constitucionalmente intolerable, al personal que percibe sus retribuciones según el Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, por el que se regula el Régimen retributivo del personal estatutario, con el personal cupo y de zona, Médicos, Ayudantes Técnicos Sanitarios, y Matronas con nombramiento en propiedad del extinto INSALUD, que no se ha integrado de forma voluntaria en la nueva organización de Atención Primaria (según las disposiciones transitorias del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero), y que viene percibiendo sus retribuciones con arreglo a lo dispuesto en la Orden de 8 de agosto de 1986, de Retribuciones del Personal dependiente del Instituto Nacional de la Salud, modelo retributivo diferente del establecido en el Real Decreto-Ley 3/1987, sin que por lo tanto proceda plantear trato desigual entre situaciones de partida dispares.

También se considera anulable el artículo 5, por entender que no contempla la «gestión clínica» como mérito a evaluar.

No es un motivo estimable. En primer lugar porque se trata de una legislación posterior al decreto en la que no cabe residenciar motivos de nulidad del mismo.

Además, el compromiso con la gestión, al que ya se refería el Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 1997, sí está contemplada entre los criterios de evaluación en el artículo 5.5.c del decreto.

El artículo 7.3 y 4, y 8.1, sobre competencia del Director del Servicio Canario de Salud para resolver procedimientos de evaluación, Comisiones técnica de evaluación, composición y número; se impugnan nuevamente confrontando la regulación del reglamento con la legislación básica posterior, que en todo caso tendrá el efecto al que antes nos hemos referido, pero que no puede configurar un motivo de nulidad.

SEXTO.- La disposición transitoria 2ª, apartado A:

«Procesos extraordinarios de encuadramiento

Se establecen dos procesos extraordinarios de encuadramiento sin evaluación previa:

A.- Los facultativos que a la entrada en vigor de este Decreto, reúnan los requisitos para su incorporación a la carrera profesional, quedarán encuadrados en el respectivo nivel en el momento de su puesta en funcionamiento, sin evaluación previa, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

...».

Es considerada contraria -excluyendo por lo ya dicho el examen de su confrontación con la legislación posterior a su vigencia- al artículo 2.3.c) del Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del Personal Estatutario del Instituto Nacional de Salud, en cuanto configura el complemento de productividad con una naturaleza eminentemente subjetiva (al igual que el artículo 23.3.c de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública), por cuanto los procesos extraordinarios de encuadramiento, sin evaluación previa, que establece, atendiendo -esencialmente- a los años de ejercicio profesional, según los exigidos en su artículo 3; configura una forma de reconocimiento del complemento que no se atiene a los parámetros recogidos en el artículo 2.3.c) del Real Decreto Ley 3/1987 :



«c) El complemento de productividad, destinado a la remuneración del especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto así como su participación en programas o actuaciones concretas. La determinación individual de su cuantía se efectuará dentro de las dotaciones presupuestarias previamente acordadas y de conformidad con la normativa vigente».

Ni aun a la propia disposición transitoria XVIIª de la Ley territorial, que también dispone que el complemento de productividad remunerará, entre otros, la participación de dicho personal en un programa de carrera profesional, que se establece, como medida de motivación profesional, contemplando, entre otros, «el reconocimiento de la cualificación, experiencia en las tareas asistenciales, investigación, participación en la docencia y cumplimiento de objetivos»; exigencias de las que deriva la necesidad de una evaluación individualizada de los profesionales sanitarios que soliciten su incorporación, sin que se justifique el proceso extraordinario de encuadramiento sin evaluación previa, invocando que nos encontramos ante la implantación «de un nuevo régimen en la estructura administrativa», cuando, aunque no corresponde al Tribunal señalar la fórmula que el reglamento podía haber utilizado, se advierte que los Servicios de Salud se encontraban en funcionamiento sin la nueva regulación, y que el respeto a la legislación básica preexistente, exigía -según el modelo del propio reglamento- realizar una inicial evaluación individualizada de todo el personal que, reuniendo los requisitos establecidos, pretendiese incorporarse a la carrera profesional, encuadrándose en alguno de sus niveles, para adecuar así el complemento de productividad a la naturaleza que le es propia, y sin perjuicio del carácter retroactivo que a dicho reconocimiento se le podía atribuir.

La contradicción con la normativa básica de referencia [sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2004, Sala 3ª: «una reiterada doctrina de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo (sentencias de 14 de abril EDJ 3265 y 20 de junio de 1994 5499 y 22 de noviembre de 1994 10036) ha venido a señalar, en síntesis, que la estructura de las retribuciones del personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias (entonces de la Seguridad Social) que regula el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/87 , con carácter de "numerus clausus" constituye una ordenación básica en esta materia, que es vinculante para el desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas»] supone la anulación de dicho apartado de disposición transitoria segunda, por vulneración de las normas configuradoras del ámbito competencial dentro del que nace la norma reglamentaria.

SÉPTIMO.- No se aprecia temeridad o mala fe a los efectos de imposición de las costas del juicio a ninguna de las partes.

FALLAMOS

1º Rechazar el motivo de inadmisibilidad opuesto y;

2º entrando a conocer del fondo, estimar parcialmente el recurso, anulando la disposición transitoria segunda apartado A del decreto 278/2003, de 13 de noviembre , por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de Salud, publicada en el Boletín Oficial de Canarias de 14 de noviembre de 2003;

3º sin especial imposición de las costas a ninguna de las partes litigantes.

Notifíquese a las partes observando lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez firme, publíquese la presente sentencia en aplicación del artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.