

**Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo
de 13/10/2011 (rec.314/2009).**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 314/2009, interpuesto por el GOBIERNO DE CANTABRIA , representado por el letrado de los Servicios Jurídicos de dicho Gobierno, contra la *sentencia nº 430, dictada el 28 de mayo de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* , aclarada por Auto de 22 de julio de 2008, en el recurso nº 203/2007 sobre Acuerdo para la selección del Personal Estatutario Temporal de las Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, sin que haya comparecido la parte recurrida.

Antecedentes

PRIMERO.- En el recurso nº 203/2007, seguido en la *Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* , el 28 de mayo de 2008 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS, el recurso contencioso-administrativo promovido por Don Ovidio , representado por el Procurador D. Alberto Ruiz Aguayo y defendido por el Letrado D. Tomás Sainz Vázquez contra el Acuerdo para la Selección de personal estatutario temporal de las Instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, de 11 de enero de 2007, decretando la nulidad del apartado 4.3.2. del Acuerdo impugnado y los Baremos de Méritos 5.1 y 2 del mismo; sin hacer imposición de costas".

Por escrito registrado el 26 de junio de 2008, el letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria presentó solicitud de rectificación de los errores detectados y, de este modo "dicte resolución por la que se proceda a rectificar los errores, declarando que los extremos anulados del Acuerdo de Selección de 11 de enero de 2007 son el apartado 4.3.1 y el Baremo de Méritos 8.5 del mismo".

Y la Sala de Santander, por auto de 22 de julio del mismo año, acordó: "Declarar la nulidad del apartado 4.3.1 del baremo, habiéndose hecho constar erróneamente como anulado el apartado 4.3.2 del mismo. Que igualmente la sentencia contiene en su fallo un error en lo relativo a los apartados del Baremo anulados, en función de las específicas tareas desarrolladas en el Servicio Cántabro de Salud, de tal modo que siendo el recurrente fisioterapeuta procede la anulación del Baremo en su apartado 8.5 referido a dichos profesionales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de casación el Gobierno de Cantabria , que se tuvo por preparado por providencia de 14 de enero de 2009 acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 11 de abril de 2009, el letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que "(...) dicte sentencia por la que case y anule la sentencia recurrida desestimando íntegramente la demanda formulada frente al Acuerdo para la Selección del Personal Estatutario Temporal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud publicado en el BOC de fecha 29 de enero de 2007, con expresa imposición de costas a la parte demandante".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, de conformidad con las reglas del reparto de asuntos y, no habiéndose personado el recurrente en la instancia, don Ovidio , emplazado en forma, se señaló para la votación y fallo el día 11 de octubre de 2011, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Jose Gonzalez Rivas, Presidente de la Sección

Fundamentos

PRIMERO.- El objeto del recurso se concreta en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la *sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de mayo de 2008*, aclarada por Auto de 22 de julio de 2008.

SEGUNDO.- Para determinar la aludida conformidad procede tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) Don Ovidio , fisioterapeuta que presta servicios en el Centro de Mayores de Santander, dependiente de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria , impugnó ante la Sala de Santander el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 11 de enero de 2007 por el que se aprueba el Acuerdo para la Selección de personal estatutario temporal de las Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. En particular, pretendía que se declarara la nulidad del apartado 4 y el punto 3 del baremo 13, relativo al personal auxiliar de enfermería, por ser, a su criterio, contrarios a los *artículos 14 y 23.2* de la Constitución.

La sentencia cuya casación pretende ahora el Gobierno de Cantabria estimó el recurso contencioso-administrativo y, tal como resulta del auto de aclaración dictado por la Sala de instancia el 14 de julio de 2008, declaró nulos el apartado 4.3.1 y del baremo el apartado 8.5, relativo al personal de fisioterapeutas.

En sus fundamentos jurídicos la sentencia recurrida explica que el demandante sostuvo que el acuerdo impugnado, pese a declarar en su apartado 1 que la selección se hará conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, excluye la baremación de los servicios prestados en instituciones sociosanitarias del Gobierno de Cantabria con funciones de ATS/DUE, así como en los centros concertados con el Servicio Cántabro de Salud (SCS) a los cuales el propio SCS delega competencias y reconoce la capacidad de sus profesionales. Y eso es contrario a los preceptos constitucionales invocados y a la jurisprudencia que los ha interpretado.

En la sentencia recurrida y del análisis de la contestación a la demanda se subraya, en primer término, que los puntos cuestionados del acuerdo no contienen ninguna previsión sobre si los servicios prestados en instituciones sanitarias del Gobierno de Cantabria y no directamente en el SCS están o no incluidos entre los que han de considerarse en el baremo y de ahí que, para la Administración, lo planteado por el actor sea más bien una cuestión relativa a la interpretación y aplicación del acuerdo que no afecta a su validez. En segundo lugar, se fija el Gobierno de Cantabria, para confirmarlo, en que no se concretan cuáles son las instituciones sanitarias dependientes de él, ni los centros concertados a los que se refiere la demanda ni las funciones desempeñadas en los mismos que no cabrían en el baremo. Por eso, añade que difícilmente puede hacerse un juicio general y declarativo al respecto y que el concepto Sistema Nacional de Salud es lo suficientemente amplio para que los intereses defendidos por el recurrente pueda encontrar amparo en el punto 4.3.1. del acuerdo impugnado.

TERCERO.- Antes de examinar los motivos aducidos por la parte recurrente en casación, procede examinar la legislación y los precedentes jurisprudenciales sobre el tema planteado.

1. Legislación : El apartado 4.3.1 de este Acuerdo establecía lo siguiente:

"El baremo estará formado en un 70% de la puntuación de los servicios prestados y el 30% de la puntuación restante con los méritos académicos y formativos.

En la baremación de los servicios se tendrán en cuenta los prestados en:

1. Sistema Nacional de Salud; correspondiendo 0,5 puntos por mes trabajado.

2. Instituciones Sanitarias Públicas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo; correspondiendo 0,5 puntos por mes trabajado, siempre y cuando resulte acreditado que la actividad profesional prestada en las Instituciones Sanitarias Públicas de otros países de la Unión Europea es comparable y equiparable con la prestada en los Servicios de Salud del sistema de Salud español.

3. A estos efectos se computará el tiempo disfrutado por Beca de Investigación en el Sistema Nacional de Salud o de las Instituciones sanitarias Públicas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo con la misma puntuación que por servicios prestados en dicho Sistema".

También son destacables los siguientes criterios normativos:

- El Sistema Nacional de Salud definido en el *art. 44 de la Ley 44/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, está constituido por las estructuras y servicios públicos integrados en los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

- El *Art. 5 de la Ley 5/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación*

Sanitaria de Cantabria : Distingue entre sistema sanitario público de Cantabria y red sanitaria de titularidad privada y la inclusión de esta última en el sistema autonómico de salud se hace a los solos efectos de dicha ley, es decir a los efectos de la ordenación sanitaria de la Comunidad autónoma de Cantabria .

- El acuerdo recurrido excluye los servicios sanitarios prestados en centros privados concertados con el Sistema Nacional de Salud.

- Elart. 90 (4. 5 y 6) de la Ley 14/1986y losarts. 85, 86 y 87 de la Ley 7/2002 (LOSCAN) establecen, taxativamente, que los centros sanitarios privados concertados, deberán ser homologados y acreditados en lo referente a las actividades sanitarias objeto del concierto y están sometidos a inspecciones y controles sobre dichas materias.

2. Precedentes jurisprudenciales:

Desde el punto de vista del análisis de los precedentes jurisprudenciales los ATS/DUE y resto de profesionales que prestan servicio a dichos centros sanitarios están en condiciones de igualdad con los del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, su exclusión es discriminatoria ya que, según una jurisprudencia del TC reiterada y notoria, se infringe el principio de igualdad cuando se da, sin justificación objetiva y razonable, una diferencia de trato a situaciones esencialmente iguales.

También esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las mismas cuestiones ahora suscitadas. En efecto, en las *sentencias de 18 de febrero (casación 2164/2008), 23 y28 de marzo (casación 2657/2008 y 3075/2008), y6 de junio (casación 4689/2008)* todas de 2011, nos hemos ocupado de la controversia suscitada por este Acuerdo. En particular, hemos acogido el motivo de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria que sostenía la infracción por las recurridas de los *artículos 44, 45 y 50 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, desde la idea principal de que estos preceptos no justificaban considerar excluidos del Acuerdo los servicios prestados en centros sanitarios dependientes directamente de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria aunque no estén integrados en el SCS. También hemos aceptado que infringían los *artículos 14 y 23.2 de la Constitución, en relación con el 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre*, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, pues, a los efectos de la valoración de los servicios prestados en los centros concertados, no se puede establecer como regla general la equiparación de todos ellos con los prestados en los centros públicos sino que habrá que resolver caso por caso si procede o no.

CUARTO.- El Gobierno de Cantabria formula dos motivos de casación, al amparo del *artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción*. El primero mantiene que la sentencia infringe los *artículos 44, 45 y 50 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, en cuanto definen los conceptos de Sistema Nacional de Salud y de Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas. Y el segundo, sostiene que vulnera los *artículos 14 y 23.2* de la Constitución en relación con el *artículo 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre*, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

QUINTO.- Al analizar el primero de los motivos procede subrayar la amplitud del concepto legal de Sistema Nacional de Salud porque el *artículo 44 de la*

Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril, por un lado, declara que lo integran "todas la estructuras y servicios públicos al servicio de la salud" y, por otro, que "es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente *Ley*" y el artículo 45 señala que "El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la presente Ley, son responsabilidad de los Poderes Públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud"; con la expresa inclusión, también, de los centros directamente dependientes de las Administraciones territoriales cuando el artículo 50 dispone que "1. En cada Comunidad autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma. 2. No obstante el carácter integrado del Servicio, cada Administración territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al Servicio de Salud de cada Comunidad autónoma".

De lo anterior se desprende la dependencia del centro sanitario de un específico organismo autónomo no es lo único que determina su pertenencia al Sistema Nacional de Salud. Lo decisivo es la titularidad pública de dicho centro y esa pertenencia se da, también, en los centros cuya titularidad directa corresponde a la Administración General del Estado, a la Administración General de cada una de las Comunidades Autónomas, a las Diputaciones y a los Ayuntamientos.

La conclusión a la que nos conducen las precedentes consideraciones es la de que no era necesario que el Acuerdo controvertido enumerase todas y cada una de las instituciones sanitarias dependientes de la Comunidad Autónoma de Cantabria y, por tanto, que tampoco procedía declarar su nulidad por no haberlo hecho, por lo que procede estimar el primero de los motivos del recurso de casación.

Aunque no aplicable al supuesto, por razones temporales, la *Ley 33/2011 General de Salud Pública de 4 de octubre de 2011 (BOE de 5 de octubre)* diferencia el Título III sobre planificación y coordinación y el Título IV personal profesional (en especial, art. 48.4).

SSEXTO.- Respecto del segundo motivo en el que se invoca la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la CE, la sentencia impugnada aplica indebidamente los principios de igualdad, mérito y capacidad vulnerando así los preceptos citados como infringidos, en relación con el artículo 33 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En efecto, consideramos acertadas las razones ofrecidas por el recurrente para defender que no se puede establecer como regla general la equiparación de todos los centros concertados con los centros públicos sino que se debe resolver caso por caso cuando haya de aplicarse el Acuerdo de selección, que según alegaba el Gobierno de Cantabria, no todos los centros privados concertados son iguales ni todos son equiparables a los públicos ya que en muchos sólo se conciertan determinados servicios y técnicas sanitarias y no toda la actividad del centro.

Por eso la mera homologación no basta para suponer sin más la equiparación de los centros sanitarios privados con los centros sanitarios públicos del

Sistema Nacional de Salud, pues las condiciones de acceso a una y otra clase de centros sanitarios para prestar servicios en ellos son diferentes: en los públicos rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad, mientras que en los privados prima el principio de libertad empresarial.

También es diferente, igualmente, la actividad de unos y otros, pues no coinciden la cartera de servicios, el volumen de trabajo, el número de pacientes y usuarios y los medios técnicos utilizados y de ahí que sea distinta la experiencia adquirida en unos y otros.

SEPTIMO.- Los razonamientos expuestos conducen a la conclusión que la sentencia recurrida aplicó indebidamente los principios de igualdad, mérito y capacidad al reprochar al Acuerdo no haber hecho mención expresa a la baremación de los servicios prestados en los centros sanitarios concertados con el SCS porque su procedencia dependerá del concreto centro de que se trate de manera que la existencia o no de una injustificada discriminación deberá valorarse caso por caso.

En consecuencia y reiterándose en este caso la misma controversia que ya hemos resuelto en las sentencias antes mencionadas, se impone seguir aquí la misma solución a la que entonces llegamos y acoger ambos motivos, anular la sentencia objeto de este recurso de casación y, de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción* y entrando en el fondo del recurso, desestimar el recurso contencioso-administrativo ante la ausencia de la infracción constitucional y legal invocada por la parte recurrente en la demanda.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción* no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo soportar cada parte las suyas del recurso de casación.

Fallo

En el recurso de casación nº 314/2009, interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra la *sentencia nº 430, dictada el 28 de mayo de 2008, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria*, aclarada por Auto de 22 de julio de 2008, procede hacer los siguientes pronunciamientos:

- a)** Casar, anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida.
- b)** Desestimar el recurso 203/2007 interpuesto por Don Ovidio contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria por el que se aprueba el Acuerdo para la selección de personal estatutario temporal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, publicado en el Boletín Oficial de Cantabria del 29 de enero de 2007.
- c)** No hacemos imposición de costas en la instancia debiendo soportar cada parte las suyas del recurso de casación