

RECURSO CASACION núm.: 1814/2016

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 226/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 21 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación núm. 1814/2016 interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid en representación de aquella, contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2016 dictada en el recurso núm. 1034/2014 por la sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, seguido a instancias de la Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras de Madrid, contra la Orden 629/2014, de 1 de julio, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se establece la colaboración entre ambas para la atención sanitaria de alumnos escolarizados en centros educativos públicos de la Comunidad de Madrid que presentan necesidades sanitarias de carácter permanente o continuado, publicada en el BOCM de fecha 23 de julio de 2014.

Se ha personado como recurrido la Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras de Madrid, representado por la procuradora doña María Jesús Ruiz Esteban asistido por la letrada doña María Jesús Ruiz Esteban.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1034/2014, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 26 de abril de 2016 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el presente Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número 1034/2014, interpuesto por la Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora doña María Jesús Ruiz Esteban, contra la Orden 629/2014, de 1 de julio, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se establece la colaboración entre ambas para la atención sanitaria de alumnos escolarizados en centros educativos públicos de la Comunidad de Madrid que presentan necesidades sanitarias de carácter permanente o continuado, publicada en el BOCM de fecha 23 de julio de 2014.»

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por el Letrado de la Comunidad de Madrid, 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.- El Letrado de la Comunidad de Madrid por escrito de fecha 13 de julio de 2016 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se dicte sentencia estimando el recurso de casación.

CUARTO.- La procuradora doña María Jesús Ruiz Esteban en representación de la Federación Regional de Enseñanza de CCOO de Madrid, mediante escrito de fecha 12 de junio de 2016 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 26 de octubre de 2018 se señaló para votación y fallo para el 19 de febrero de 2019 en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del litigio y Sentencia de instancia.*

La representación procesal de la Comunidad de Madrid interpone recurso de casación 1814/2016 contra la Sentencia estimatoria de 26 de abril de 2016 (completa en cendoj ROJ: STSJ M 4794/2016 -. ECLI:ES:TSJM:2016:4794) del TSJ de Madrid dictada en el recurso 1034/2014 formulado contra la orden 629/2014, de 1 de julio, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se establece la colaboración entre ambas para la atención sanitaria de alumnos escolarizados en centros educativos públicos de la Comunidad de Madrid que presentan necesidades sanitarias de carácter permanente o continuado.

En el PRIMERO fundamento identifica el acto impugnado mientras en el SEGUNDO reproduce la Orden publicada en el BOCM de 23 de julio de 2014.

Dedica el TERCERO a reflejar los motivos del recurso y la oposición de la administración demandada.

En el CUARTO transcribe el contenido del art. 37 en sus apartados c) k) y m) de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP, sobre negociación colectiva así como el 2.a) relativo a las materias excluidas.

En el QUINTO analiza lo que entiende por reglamento organizativo, criterio defendido por la Comunidad de Madrid respecto a la Orden cuestionada.

Tras ello en el SEXTO considera debe estimarse el recurso.

«En efecto, la variación de la naturaleza de la relación, el hecho de que antes los trabajadores que ocupaban estas plazas eran contratados laborales de la Consejería de Educación y ahora son personal estatutario dependiente de la Consejería de Sanidad, ya de por sí es un cambio relevante, y en ello ha de convenirse con los recurrentes, pues de ello se derivan consecuencias en orden a salario, vacaciones, permisos, licencias y jornadas (art. 4.3 y art. 6.1.2 de la Orden), y ese cambio afecta a las condiciones de trabajo de los empleados públicos por lo que vendría a ser necesaria la negociación con los sindicatos ex art. 37.2.a del EBEP .

Que, así mismo la infracción del derecho a la negociación colectiva, desarrollada en el Estatuto Básico del Empleado Público, supone vulnerar el derecho a la Libertad Sindical, como una vertiente del mismo, como en numerosas ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, regulada en la Ley Orgánica de la Libertad Sindical 11/1985, de 2 de Agosto, garantizado por el art. 28 de la Constitución Española . Que, igualmente, además de vulnerar el art. 31 y ss. del EBEP la no negociación de las condiciones de trabajo de estos trabajadores públicos, cuya relación ha sido mayoritariamente, como acredita con la prueba practicada - y por otra parte no se discute por la Comunidad de Madrid, hasta la Orden de carácter laboral, siéndoles de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, conforme al mismo

art. 32 del EBEP , igualmente la no negociación supone la vulneración del mismo, ya que en su artículo 4 el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, conforme su punto 1 g).

Por otra parte es lo cierto que el acto impugnado, una disposición Reglamentaria, vulnera lo dispuesto en el artículo 37 de la CE , en el artículo 35 de la Ley 9/1987 y en el artículo 82 en relación con el artículo 83 del E.T ., que otorga fuerza vinculante al Convenio del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (BOCM 28 de abril de 2005), que regula la relación laboral de estos trabajadores, que ahora se pretende que tengan una relación de carácter Estatutario, y evitando la aplicación del mismo, vulnera lo dispuesto en estas normas sobre la necesaria negociación con los representantes de los Trabajadores, así como regulado en el Capítulo IV de la Ley 7/07, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 31 y ss ...»

Finalmente, en el SÉPTIMO analiza las consecuencias de la omisión del trámite de negociación partiendo de las SSTS de 13 de octubre de 2011 y 9 de julio de 2013. Sienta que *«concluida la nulidad radical de la Orden no procede que el Tribunal examine los restantes motivos de impugnación de la demanda que, por otra parte, se vería plenamente afectados por la sentencia de la Sala 4ª del TS de 28 de abril de 2015 (casación 90/2014) que confirmó la sentencia de la Sala de lo Social de este TSJ de fecha 4 de diciembre de 2013, a la que se alude en la demanda.»*

SEGUNDO.- *La posición de la recurrente Comunidad de Madrid.*

1.- Un primer motivo al amparo del art. 88.1 d) LJCA aduce infracción de la DA 6ª de la Ley 55/2003 y de su art. 9.3 a), así como del art. 37 del EBEP.

Sostiene que lo que había en cursos escolares anteriores a la entrada en vigor de la Orden no era personal de plantilla, (RPT) ni personal interino,

sino trabajadores con contratos de duración determinada o eventual, para obra o servicio determinado (artículo 15 Estatuto de los Trabajadores) cuya causa con sustantividad o autonomía propia era la atención sanitaria a alumnos con necesidades educativas especiales.

Aduce que dichos contratos expiran con la finalización de la obra o servicio por mejoría del alumno en cuestión que deja de necesitar atención sanitaria, baja del alumno en el centro o, en todo caso, fin del curso escolar.

Alega que el personal nombrado en aplicación de la referida DA 6ª no pasan a formar parte de la plantilla de Educación, pues sus nóminas las abona el SERMAS, no siendo por tanto necesaria negociación porque sus condiciones ya están legalmente dispuestas. No cambia, pues, la naturaleza de la relación de personal mediante la Orden impugnada.

2.- Un segundo al amparo del art. 88.1 d) LJCA invoca lesión del art. 24 de la Ley 50/97 por aplicación indebida al conferir a la norma impugnada carácter reglamentario cuando responde a la colaboración entre Administraciones Públicas.

Defiende que la Orden recurrida obedece al principio de colaboración entre Administraciones Públicas previsto en los arts 3,5 y 6 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, articulada a través de los instrumentos previstos en el artículo 50.3 de la Ley 1/1983 de 13 de diciembre de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

Añade que, el Acuerdo de 16 de octubre de 2003, del Consejo de Gobierno por el que se aprueban criterios de coordinación de la actividad convencional de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 2.4: *"El establecimiento de medidas de actuación coordinada que se suscriban entre la Comunidad de Madrid y sus Organismos y Entidades públicos vinculados o dependientes sólo se formalizarán como convenio si no fuera posible adoptar*

otros mecanismos de dirección y control, incluso mediante Ordenes conjuntas si afectan a Consejerías que no son las de adscripción."

Concluye que teniendo en cuenta lo anterior y con el objeto de dar cumplimiento a los artículos 71, 72 y 122 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 3 de la Ley 14/1 966, de 25 de abril, General de Sanidad, se aprueba la Orden 629/2014, cuyo objeto queda delimitado en su artículo primero:

"La presente Orden tienen por objeto establecer la colaboración entre la Consejería de Sanidad y la Consejería de Educación, Juventud y Deporte para proporcionar, a través de profesionales sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud, una asistencia especializada en fisioterapia habilitadora, preventiva y adaptativa y de enfermería a los alumnos con necesidad de atención sanitaria escolarizados en centros educativos públicos, permitiendo su acceso a la Educación en condiciones de equidad".

TERCERO.- *La oposición de la recurrida. Federación Regional de CCOO de Madrid.*

1.- Muestra su oposición al primero aduciendo que no alega jurisprudencia que apoye el motivo.

Señala que la Orden 629/2014 impugnada pretende la aplicación del Régimen del Personal Estatutario Sanitario previsto en la Ley 55/2004, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de Salud, a los trabajadores profesionales sanitarios que prestan servicios en los centros educativos.

Entiende que dicho régimen no puede ser aplicable conforme a lo dispuesto en art. 2 de la propia ley, que dispone: «1. Esta Ley es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.»

Defiende que al no ser aplicable la Ley 55/2003 no lo es su DA Sexta al no ser personal estatutario sino laboral el concernido.

Adiciona que el 28 de abril de 2015 la Sala Cuarta dicto sentencia en recurso de casación 90/2014, reafirmando lo que sostenía en relación a este procedimiento, como reconoce la Sentencia del TSJM en su fundamento de derecho Séptimo. Este pronunciamiento reafirma, la necesaria negociación previa y aplicación del art. 37 del EBEP, al modificar la naturaleza de las relaciones la Comunidad de Madrid del personal laboral a Estatutario. Dicha sentencia confirma la necesidad de la utilización de las bolsas de la Consejería de Educación para hacer los llamamientos, lo que en sí, supone la vulneración del art. 19 del Convenio Colectivo, pues dichas bolsas, eran para según lo previsto en el Convenio Colectivo aplicable al Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, formalizar contratos de carácter "laboral" y no estatutario como se hace en virtud de la Orden impugnada.

Insiste en que los contratos formalizados no son de carácter laboral, sino de carácter estatutario, con lo que se estaría alterando la naturaleza de la relación sin negociación alguna.

La Orden impugnada pretendía eludir el fallo de este procedimiento en Casación ante este Tribunal, mientras estaba pendiente de recurso, pues como el mismo le obligaría a respetar las Bolsas existentes y el orden de los llamamientos, que podría dar lugar, (eso si en procedimiento individuales por despido como declara la Sentencia de Casación), a la aplicación del art. 15.5 del Estatuto, reconociendo el carácter indefinido a los trabajadores, para evitar fraudulentamente de nuevo su aplicación, la Comunidad de Madrid.

2.- Tampoco acepta el segundo motivo al insistir en el carácter de norma no organizativa.

Apoya su argumento de reputar norma reglamentaria en el ATS 15 de diciembre de 2016 admitiendo a trámite este recurso de casación por mor del art. 87.3 LJCA.

CUARTO.- *Carácter de la norma. Disposición reglamentaria.*

Invirtiendo el orden de los motivos despejamos el segundo que rechaza el carácter reglamentario de la norma atribuido por la sentencia de instancia.

Sobre tal cuestión se pronunció ya el ATS de 15 de diciembre de 2016 al rechazar la causa de inadmisión opuesta por la parte recurrida. Así se dijo en su FJ 2º :

“En efecto, la Orden de 28 de febrero de 2013 contempla, entre otros aspectos, su aplicación al conjunto de los centros educativos públicos de educación especial y de los centros públicos ordinarios que escolarizan alumnos con necesidades de atención sanitaria (apartado segundo); la detección de necesidades (apartado tercero) y las aportaciones respectivas de las Consejerías competentes (apartados cuarto y quinto), así como el régimen jurídico del personal estatutario eventual adscrito a los centros educativos públicos que escolarizan alumnos con necesidad de atención sanitaria (apartado sexto), en relación, concretamente, con los horarios de trabajo, vacaciones, permisos, licencias y responsabilidades. Todo lo cual implica que el acto impugnado merece la calificación de disposición general, de cierto matiz normativo al menos, emanada de una Comunidad Autónoma en el ejercicio de su potestad reglamentaria, tal y como declara la sentencia impugnada en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto.

En consecuencia, se está ante la impugnación de una disposición general que hace entrar en juego la “contra-excepción” del apartado 3 del artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que abre el recurso de casación a los supuestos en los que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia declaren nula o conforme a Derecho tales disposiciones (en este sentido,

autos de 24 de enero, de 2 de octubre y de 13 de noviembre de 2000 y de 2 de febrero de 2006), sin que sea de aplicación el artículo 86.2.a) de la LJCA.”

No resulta, pues, necesario mayor argumentación para rechazar el motivo.

QUINTO.- *Inexistencia de infracción del art. 37 EBEP y del art. 9.3. a) y DA 6ª Ley 55/2003.*

La administración recurrente aduce la vulneración del art. 37 del EBEP, materias objeto de negociación colectiva, y de los arts. 9.3. a), personal estatutario temporal, y DA Sexta del Estatuto Marco de personal estatutario de los servicios de salud, relaciones del régimen estatutario con otros regímenes de personal.

Sin embargo no desarrolla como han sido conculcados por la sentencia los citados preceptos incumpliendo así las exigencias del recurso de casación. Se limita a insistir que el personal que prestaba sus servicios con anterioridad a la orden eran trabajadores con contratos de duración determinada por lo que no ha cambiado la naturaleza de la relación.

Alega en casación que sus nóminas las paga el SERMAS y no forman parte de la plantilla de educación, mas tal cuestión fáctica no cabe esgrimirla en casación salvo que se argumente irracionalidad en la valoración de la prueba lo que aquí no ha acontecido.

No prospera el motivo.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente, a tal efecto, la Sala haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como

cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos a la cantidad de 3.000 euros.

FALLO

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

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 26 de abril de 2016, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1034/2014.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- 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.

