

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CON SEDE EN GRANADA

SALA ESPECIAL DE RECURSOS DE CASACIÓN Y REVISIÓN

N.I.G.: 1808733020171001393

Procedimiento: Recurso de Casación Autonómico- Nº 24/2017 Negociado: K

P.ORIGEN: R. APELACIÓN 297/17 SEVILLA SEC 1ª (P.A. nº 604/15 Juzgado nº13 Sevilla)

De: SERVICIO ANDALUZ DE SALUD

Representante: LDO. DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Contra: [REDACTED]

Representante: [REDACTED]

SENTENCIA N°1/18

**Ilma Sra. Presidenta:**

**Dña. Mª Luisa Martín Morales**

**Ilms Sres. Magistrados:**

**D. Manuel López Agulló**

**Dña. Mª del Mar Jiménez Morera**

**Dña. Soledad Serrano Gamo**

**D. Miguel Pardo Castillo**

Granada, a tres de octubre de dos mil dieciocho.

La referida Sala de lo contencioso administrativo conoce del recurso DE CASACIÓN AUTONOMICO nº 24/17 formulado por el Servicio Andaluz de Salud, en cuya representación interviene el Letrado del mismo, siendo parte recurrida [REDACTED] en cuya representación interviene [REDACTED]

La cuantía del recurso es indeterminada.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto recurso de casación autonómica contra la sentencia de fecha de 20-6-17 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo contencioso

administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el rollo de apelación 297/17, por la cual se desestimó el recurso de apelación formulado por el SAS contra anterior sentencia de 1-2-17 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 13 de Sevilla, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo formulado por la representación de [REDACTED] contra la desestimación del SAS respecto de la reclamación efectuada en materia de continuidad asistencial.

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia del TSJ se tuvo por preparado recurso de casación autonómico y por la Sala Especial de Casación de este Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se dictó auto de fecha 25-4-18 por el que se tuvo admitido el referido recurso de casación autonómico.

El referido auto identificó como nomas jurídicas que, en principio, serían objeto de interpretación las contenidas en el apartado 5.2.2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz de 18-7-2006 por el que se aprueba el Acuerdo de 16-5-06 de la Mesa sectorial de negociación de sanidad sobre política de personal, y en el art. 25.1 de la Ley 3/12, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el equilibrio económico financiero de la Junta de Andalucía.

Y procedió a precisar que las cuestiones en las que se entendía que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, eran las siguientes:

1. Si la continuidad asistencia del personal estatutario del SAS es un deber del personal sujeto a potestades de autoorganización de la Administración y vinculado a la existencia de una necesidad de prolongación de jornada y afectado por la Ley andaluza 3/12, o si la continuidad asistencial constituye un derecho adquirido del personal estatutario.

2. Si la interpretación del apartado 5.2.2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz debe interpretarse en el sentido de vincular la realización de jornada complementaria a las necesidades asistenciales, o si existe un derecho del trabajador, que tiene derecho como mínimo a una continuidad asistencial a la semana, sin perjuicio de la ampliación en 2,5 horas de la jornada ordinaria.

**TERCERO.-** Admitido el recurso, se ha confiriendo plazo a la parte recurrente para presentar el escrito de interposición, y tras ello se ha dado plazo a la parte recurrida para que procediera a presentar el correspondiente escrito de oposición.

**CUARTO.-** Se procede a señalar deliberación para este recurso de casación autonómica ante la Sala especial de casación de este TSJ en la fecha referida en las actuaciones, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Luisa Martín Morales, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la sentencia de fecha de fecha de 20-6-17 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en

Sevilla, en el rollo de apelación 297/17, por la cual se desestimó el recurso de apelación formulado por el SAS contra anterior sentencia de 1-2-17 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 13 de Sevilla, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo formulado por la representación de [REDACTED] contra la desestimación del SAS respecto de la reclamación efectuada para que se declarara el derecho a realizar y percibir un módulo de continuidad asistencial, sin perjuicio de la ampliación en 2,5 horas de la jornada ordinaria y se le indemnizara en la cantidad correspondiente por la continuidad asistencial que en los últimos cuatro años no realizó.

La sentencia del Juzgado declaró el derecho del recurrente a realizar al menos un módulo semanal en concepto de continuidad asistencial, atendiendo a la interpretación del apartado 5.2.2 y concordantes del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de julio de 2006, entendiéndose que reconocen un deber-derecho de los facultativos en relación a la continuidad asistencial, sin que la Administración pudiera ampararse en su potestad de autoorganización para su denegación, pues tal autoorganización del propio personal para, atender, de conformidad con los principios de eficacia y eficiencia, las necesidades del servicio, no es ilimitada y no puede ser efectuada arbitrariamente, sino que está limitada por el ordenamiento jurídico, y el referido apartado 5.2.2 establece la obligación de todos los profesionales que vengán realizando guardias médicas de prolongar la jornada, no pudiendo ejercerse la autoorganización en contra de dicho acuerdo vinculante.

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el SAS, la Sala de Sevilla, lo desestima, confirmando la sentencia de instancia, considerando que el recurrente venía realizando la continuidad asistencial, no pudiendo ahora la Administración ir en contra de sus propios actos y pretender que lo que había sido aceptado por la misma (la realización de la continuidad asistencial) no sea conforme a derecho ahora. Además, establece que queda a salvo la realización de la jornada laboral en los términos legalmente establecidos, derivados de la ampliación de jornada impuesta a todo el sector público por art. 25.1 del Decreto Ley 1/12 y en la Disposición Adicional septuagésimo primera de la Ley andaluza 2/12.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente, en su escrito de interposición del recurso, solicita la estimación del recurso, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

- 1.- No existe un derecho a la continuidad asistencial.
- 2.- La interpretación del apartado 5.2.2 del acuerdo del Consejo de gobierno ha de interpretarse con el apartado 3.3.1, que establece que la continuidad asistencial es para conseguir resultados y actividades que dentro de la cartera de servicios de cada unidad o centro sea necesario realizar, con lo que la realización de la continuidad asistencial está vinculada a las necesidades asistenciales.
- 3.- No existe un mínimo de horas de jornada complementaria que deba mantenerse, existiendo la facultad de autoorganización de la Administración.
- 4.- La propia ubicación del apartado a interpretar, 5.2 del acuerdo referido, referido a la "ordenación de la atención urgente en atención especializada".
- 5.- El art. 25.1 de la Ley 2/12 establece la adaptación de la continuidad asistencial a la ampliación de la jornada ordinaria, cuando se amplió de 35 a 37,5 horas semanales.
- 6.- Existe contradicción con criterio establecido por la Sala de Málaga sobre la misma materia.

La parte recurrente interesa de esta Sala case la sentencia impugnada y la deje sin efecto.

*La parte recurrida aboga por la desestimación del recurso de casación autonómico, con objeto de confirmar la sentencia impugnada, en fundamento a los siguientes argumentos:*

*1.- La actividad de continuidad asistencial no sólo constituye para los médicos un derecho, sino una obligación, estableciendo la norma un mínimo (un módulo semanal) y un máximo (dos módulos semanales). Así, la Administración, en uso de su potestad organizativo puede decidir libremente dentro de esos márgenes mínimo y máximo, pero no por debajo o por encima de ellos (al socaire de la potestad de autoorganización no puede obligar a los médicos a hacer más de dos módulos de continuidad asistencial en una misma semana, ni tampoco puede rebajar la actividad por debajo del mínimo de un módulo semanal).*

*2.- Incrementada la jornada laboral a 37,5 horas/semanales no ha existido unidad por parte de la Administración en como hacerlo efectivo, y ante la falta de acuerdo con las organizaciones sindicales, el competente para su fijación es el propio Consejo de Gobierno y no la Dirección o Gerencia de cada hospital o distrito de atención primaria concreto. Y si la Administración sanitaria consideró que con el incremento de la jornada laboral a 37,5 horas/semana ya no se requería la actividad de continuidad asistencial o en los niveles mínimos establecidos por el Acuerdo de 18-7-2006 ha tenido tiempo en los seis últimos años para proponer o instar al Consejo de gobierno de la Junta de Andalucía la modificación o supresión de dicha figura; pero no lo ha hecho. No cabe sostener que el incremento de jornada ordinaria suponga de manera automática la paralela disminución de la hornada complementaria en sus distintas modalidades.*

**TERCERO.-** El apartado 5.2.2 del Acuerdo del Consejo de gobierno controvertido establece que todos los profesionales que en la actualidad vengán realizando guardias médicas, o hayan realizado o solicitado la realización de actividad adicional alternativa en los doce meses anteriores a la publicación del presente acuerdo en el BOJA, deberán prolongar la jornada hasta las veinte horas de lunes a viernes, y dicha prolongación será de una o dos tardes a la semana en días laborables según las necesidades de la especialidad en cada centro.

Así, se establece un complemento que persigue retribuir a los profesionales de atención especializada la extensión de la jornada laboral con una continuidad asistencial que se desarrolla entre las 15:00 y 20:00 horas.

La interpretación de este apartado debe hacerse sistemáticamente con el contenido del propio acuerdo (en el marco de la negociación colectiva) y, sobretodo, con las disposiciones legales que lo avalan, como es la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de Salud.

Así, el apartado 3.3.1 del referido Acuerdo dispone que “se crea el complemento de continuidad asistencial que vendrá a retribuir la prolongación de la jornada hasta las 20 horas, en días laborables de lunes a viernes, del personal facultativo especialista de área de centros de atención especializada, excluidas las unidades de urgencia de los servicios de cuidados críticos y urgencias hasta que se discuta su nueva organización en el seno de la mesa sectorial, para garantizar la continuidad de la asistencia al margen de la jornada ordinaria, la consecución de los resultados y aquellas otras actividades que dentro de la cartera de servicios de cada unidad o centro sea necesario realizar”.

Y por su parte, el art. 48 del Estatuto Marco precisa en relación a esta materia que: “cuando se trate de la prestación de los servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro. La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley venían realizando una cobertura de la atención continuidad mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes”.

Con ello, la vinculación de la prestación del servicio de continuidad asistencial a las necesidades del servicio, hace patente la potestad de autoorganización de la Administración sanitaria, configurando la continuidad asistencial como un deber para el personal sanitario en forma de jornada complementaria, pero no en un derecho a imponer su prestación a la propia Administración. Así se deriva del Estatuto Marco (en el precepto citado), y el hecho de que el Acuerdo resultante de la negociación colectiva establezca taxativamente, en su apartado 5.2.2 que los profesionales “deberán” prolongar la jornada laboral hasta las 20 horas de lunes de viernes, no significa que la prestación de continuidad asistencial quede desvinculada de las concretas necesidades de cada unidad o centro, y consiguientemente de la facultad de autoorganización de la Administración sanitaria, sino que establece la forma concreta de ejecución de dicha prestación complementaria.

Por todo ello, la doctrina legal debe ser la de entender que la continuidad asistencial del personal estatutario del SAS es un deber del personal sujeto a potestades de autoorganización de la Administración y vinculado a la existencia de una necesidad de prolongación de jornada, debiendo interpretarse el apartado 5.2.2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz de 18-7-2006 en el sentido de no existir un derecho del facultativo a realizar como mínimo una continuidad asistencial a la semana, al estar vinculada la referida prestación de continuidad asistencial a las necesidades del servicio o unidad.

La interpretación del apartado 5.2.2 referido conduce a la estimación de las pretensiones que el Letrado del Servicio Andaluz de Salud deduce en el escrito de interposición de este recurso de casación autonómico, en relación con la doctrina que solicita se fije; y en consecuencia, debe procederse a la anulación de la sentencia dictada por la Sala de Sevilla, así como la del Juzgado de lo contencioso administrativo de origen, que también se anula de conformidad con la doctrina expuesta. Y por ello, se confirma la resolución administrativa impugnada, que acordaba la desestimación de la petición efectuada por la parte recurrida.

**CUARTO.-** Es importante reseñar el efecto producido en la prestación de continuidad asistencial por la aplicación de la Ley 2/12, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado (Disposición adicional septuagésimo primera), y correlativamente por la Ley 3/12, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas y laborales en el ámbito de la Junta de Andalucía, que supusieron un incremento en la jornada ordinaria de 35

a 37,5 horas semanales. El art. 25. 1 in fine de esta última Ley establece la relación entre dicho incremento de la jornada ordinaria con las demás modalidades prestacionales, diciendo que "todo ello sin perjuicio de las demás modalidades de jornada normativa o convencionalmente establecidas, que se adaptarán a esta jornada ordinaria en lo que fuere necesario".

Efectivamente, como dice la parte recurrida no ha existido una aplicación unitaria de la forma en que tal incremento debía operar, pudiendo haberse llegado a diversas modalidades de ejecución, como aumentar en media hora la jornada ordinaria (p.e. pasando a iniciarse a las 7:30 horas en vez de a las 8:00 horas) o considerando laborable y como parte de la jornada ordinaria las mañanas de los sábados.

Y por ello, en este punto, la Sala hace un severo reproche a la Administración sanitaria por haber optado, con carácter general, por la solución más gravosa económicamente para sus profesionales más cualificados, cual era computar el incremento de la jornada ordinaria a la prestación complementaria mejor remunerada.

**QUINTO.-** No procede la condena en costas, de conformidad con los arts. 93.4 y 139.1 de la Ley de jurisdicción contenciosa administrativa de 13 de julio de 1998, en su redacción posterior a la Ley 37/11. Cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLAMOS

Que, debemos declarar haber lugar, y por tanto, estimamos el recurso de casación autonómico formulado por el Letrado del Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia de 20-6-17 dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el rollo de apelación 297/17.

Que, casamos y anulamos la citada sentencia, así como la dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 13 de Sevilla en el PA 604/15.

Que, desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por [REDACTED] contra la desestimación del SAS respecto de la reclamación efectuada para que se declarara el derecho a realizar y percibir un módulo de continuidad asistencial, sin perjuicio de la ampliación en 2,5 horas de la jornada ordinaria y se le indemnizara en la cantidad correspondiente por la continuidad asistencial que en los últimos cuatro años no realizó; resolución administrativa que se confirma.

Que, procedemos a fijar como doctrina legal la siguiente: "la continuidad asistencial del personal estatutario del SAS es un deber del personal sujeto a potestades de autoorganización de la Administración y vinculado a la existencia de una necesidad de prolongación de jornada, debiendo interpretarse el apartado 5.2.2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz de 18-7-2006 en el sentido de no existir un derecho del facultativo a

realizar como mínimo una continuidad asistencial a la semana, al estar vinculada la referida prestación de continuidad asistencial a las necesidades del servicio o unidad”.

Que, dado que este procedimiento se ha tramitado como pleito testigo, habiéndose acordado la suspensión de otros recursos de casación autonómicos sobre la misma materia, expídase testimonio de esta sentencia para ser incorporado en cada uno de ellos, con la finalidad del producir los efectos oportunos una vez fijada doctrina legal.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de éste, así como a los Juzgados de lo contencioso administrativo de la Comunidad Autónoma y Salas de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

Procédase a su publicación en el BOJA y en la página web de este Tribunal Superior de Justicia.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra la misma no cabe recurso alguno, con las demás prevenciones del art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*