

LA TEORÍA DEL “CUERPO ÚNICO” EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de marzo de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013 y otros pronunciamientos posteriores.

Manuel Beato Espejo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Punto de partida de la Sentencia de instancia: la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. 3. La conformación del “Cuerpo Único” en el Sistema Nacional de Salud: el Tribunal Supremo en el recurso de casación planteado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. 3.1 Inadmisión. 3.2 Normas infringidas según la Sentencia: artº 23.2 de la Constitución española, el “acceso único”, y artº 37 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el “traslado” como alternativa única. 3.3 Ordenamiento jurídico aplicable y protección de los principios de “exigencia implícita” y del “requisito negativo” como elementos de “la lógica del sistema”. 3.4 Jurisprudencia que sirve de apoyo a la Sala. 4. Cambio de criterio en el Tribunal a quo. 5. Reflexión final: otros pronunciamientos posteriores. 6. Bibliografía.

RESUMEN

Comentario a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el “acceso único” a la condición de Personal estatutario de los Servicios de Salud: El “Cuerpo único” y su aplicación al funcionario de carrera.

PALABRAS CLAVE

Personal estatutario. Acceso único. Cuerpo único.

ABSTRACT

Comments to the jurisprudence of the Supreme Court on the “unique access” to the condition of statutory staff members of the Health Services: “Single Corps” and its application to the career civil servant.

KEY WORDS

Statutory staff. Unique access. Single Corps.

1. PLANTEAMIENTO

La lectura de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2012, Recurso 220/2010) que nos parece impecable¹, nos sitúa, en materia de Función Pública, en la realidad jurídica del presente: aquella que nos muestra que las Comunidades Autónomas han recibido competencias de la Administración del Estado, que a ellas se unen los medios personales y materiales necesarios para ejercerlas y que, para ello, se organizan administrativamente en aras a su autonomía.

¹ Revisada, no obstante, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013, que comentamos.

En esta tarea, el personal que prestaba sus servicios en la Administración General del Estado (AGE) pasaba a integrarse en la Administración de la Comunidad Autónoma de destino², además, esta estructuraba sus Cuerpos, Escalas y Especialidades y empezaba a incorporar personal propio, el seleccionado con sus propios medios, una vez fueron aprobadas sus correspondientes leyes de la Función Pública³.

En este largo camino, se barajaron, con esperanza, dos realidades; una, que la movilidad⁴ del personal existentes, el de la AGE, fuera plena a través de todas las Comunidades Autónomas y dos, que aquella seleccionara al personal de éstas. Ninguna prosperó por razones obvias de entonces

2 Entonces se decía: “Me acuesto siendo funcionario del Estado y me levanto siéndolo de la Comunidad Autónoma de...”. Bien es verdad que se “inventó” lo del “doble casco”; es decir, soy funcionario de las dos Administraciones y, por tanto, puedo volver a la del Estado porque sigo estando “en activo” en ella. La pregunta ha sido y sigue siendo: ¿cómo y cuándo? Véase Resolución de 21 de junio de 2007 que publica las Instrucciones del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP) en la nº 11 b) 2º.

3 Es importante recordar ahora, aunque con trascendencia en todo el trabajo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 11.06.08 (Recurso 1054/2005) F.j.5, cuando acude al art. 24.2 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y a la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) nº 76/1983, de 5 de agosto (F.j. 40), que dice: “La integración como funcionarios propios de las Comunidades Autónomas de los funcionarios transferidos no implica la pérdida de tales derechos, sino la obligación de las Comunidades Autónomas de asumir las responsabilidades que frente a ellos le correspondían al Estado. Así lo establecía con toda claridad el artículo 25.1 de la citada Ley, en el que se establece que:...” “En él (art. 24.2 citado) se establece la forma de garantizar a los funcionarios estatales transferidos que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, los derechos adquiridos de cualquier orden y naturaleza, que poseyeran en el momento de la transferencia... esta garantía implica en relación con estos funcionarios el mantenimiento de su situación estatutaria; de aquí que el precepto les reconozca los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios en servicio activo de los Cuerpos y Escalas de que procedan”. Recordemos, también, el criterio de la misma Sala 3ª, Sección 7ª, en su Sentencia de 05.10.04 (Recurso162/1999) F.j. 2, cuando dice: “Hay que añadir a lo anterior que el art. 25 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico, de 14 de octubre, establece con toda claridad que los funcionarios transferidos –como es el caso de los Sanitarios Locales- se integran como funcionarios propios de las Comunidades Autónomas de las que dependerán orgánica y funcionalmente y que el art. 12 del Reglamento de Situaciones Administrativa aprobado por Real Decreto 730/1986 indica taxativamente que los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas y su situación es la de servicio activo en ella”. Véase, art. 88.2 párrafo 3º del EBEP.

4 Véase, Documentación Administrativa nº 204, Abril-junio de 1985, págs. 261 a 268.

y de ahora⁵. Es más, las diferencias de regímenes jurídicos, en materia de personal, entre los Cuerpos y Escalas de las distintas Comunidades Autónomas fueron cada vez más evidentes.

Ante ese, negativo, esquema de dispersión dentro del Estado se produce un movimiento de unificación dentro de cada Comunidad Autónoma;⁶ pero, con la perspectiva del tiempo y la experiencia adquirida, surge en ciertos colectivos de funcionarios la conciencia de que la unidad de régimen dentro del Estado les hace más fuertes en la tarea de no perder los derechos ya consolidados⁷.

Así ocurre con el Personal Estatutario de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud (SNS). Su reconocimiento definitivo se produce con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico de Empleado Público (EBEP) [antes se había visto reflejado en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP)⁸] que le reconoce un régimen específico sin llegar, por eso, a la consideración de Cuerpos nacionales o estatales. Sabemos que desde su origen (cambio de los “viejos” Estatutos al

5 Algo parecido se planteó, más tarde y sobre la misma materia, entre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales de su territorio. Tampoco prosperó.

6 Por las respectivas Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma se crean Cuerpos y Escalas de funcionarios y Grupos y Categorías de Personal laboral regulados, hasta entonces, por los distintos Convenios Colectivos suscritos por cada Administración autonómica y las Organizaciones Sindicales de su territorio.

7 HERNÁNDEZ YÁÑES, Juan F: “Políticas de personal en el Sistema Sanitario Público”, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, pp. 296-297. dice: “Desde el punto de vista de las políticas de personal, el proceso de descentralización territorial es ante todo un proceso de diferenciación. Cuando se producen las transferencias sanitarias y cada servicio de salud establece y aplica con amplios grados de libertad sus propios marcos laborales, tan inevitable es que cada servicio establezca sus propias políticas y desarrollos, como que el personal de unos servicios se comparen con los demás y eso (ambas cosas) es lo que está sucediendo actualmente. Y se pregunta el autor: ¿Por qué resulta más importante para un empleado de un servicio de salud compararse con el par de otra Comunidad Autónoma, que con el impar del mismo servicio de salud?, ¿Por qué cuando se producen las transferencia sanitarias a las últimas 10 CCAA... todos los servicios de salud lo primero que hacen es negociar con los sindicatos la aplicación de complementos retributivos para la homologación de retribuciones con el promedio nacional?” Por qué no se compara, preguntamos nosotros, con sus iguales de la Comunidad Autónoma de destino. Véase PÉREZ GÓMEZ, José Mª y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol,13, núm.2, 2005, pp. 187-188.

8 Art. 1.2, Disposición adicional novena y Disposición transitoria cuarta.

nuevo Estatuto y transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas) este Personal se estructura en Cuerpos comunitarios o autonómicos⁹.

Cuando comienza la sistematización del régimen jurídico de este Personal, se hace dentro de unos parámetros de acercamiento que le permite ser más uniformes en el seno de su Empresa, su nueva empresa, que es, son, todas y cada una de las Administraciones Públicas a las que ya estaba transferido.

La especificidad de este régimen jurídico se detalla hoy con cierta confusión, en el art. 2.3 del EBEP¹⁰ y se manifiesta, al menos, en las siguientes cuestiones: una, que este Personal está incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley y por ella se rige, con las citadas excepciones; dos, que se rige, también por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y tres, que cada vez que este Estatuto hace mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el Personal estatutario de los Servicios de Salud.

La estructura del SNS a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y su desarrollo en materia de personal en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EM), tal vez, llevan a pensar que el personal transferido a las Comunidades Autónomas con los correspondientes Decretos de Transferencia en materia de Sanidad, sigue siendo, exclusivamente, personal de la AGE; creemos que no. Es también, sin duda, personal al

9 Sobre las características de los llamados “Cuerpos nacionales”, véase la STC 224/2012, 29 de noviembre, en especial, su Antecedente 6 b) y el F.j.5, que destacan “... la necesidad de un régimen jurídico común en todo el territorio nacional, no sólo en lo relativo a los elementos normativos materiales sino también, y para garantizar la existencia de un efectivo régimen homogéneo, la reserva a instancias comunes de actos típicamente ejecutivos que resulten esenciales o imprescindibles a tal carácter nacional”.

10 El personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto por lo dispuesto en los artículos 16 al 20 (Capítulo II del Título III) “Derechos a la carrera profesional y a la promoción interna”, menos el art. 20 “Evaluación del desempeño” (que se aplica) y excepto, también, por lo dispuestos en los artículos 22.3 y 24, “retribuciones complementarias”, y 84 “Movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas”. Sobre el proceso de consolidación de este régimen especial, véase, SALA FRANCO, Tomás: “Las incógnitas del Estatuto Marco”, Derecho y Salud, Vol. 13, núm.1, 2005, pp. 52-53. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, REDA, núm.148, 2010, pp. 728-733 (También, en Derecho y Salud, Vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 59-66).

servicio de las Comunidades Autónomas a las que ha sido transferido con plena vinculación dentro de su ámbito. Cosa distinta es que al aprobarse las normas citadas (las reguladoras del régimen jurídico de ese Personal) las Comunidades Autónomas, además de regular la “especificidad”, hayan cedido (coordinado en la acción) ciertas competencias en determinados ámbitos¹¹.

El estudio del EBEP y de las respectivas leyes de las Comunidades Autónomas en materia de Función Pública; especialmente, en este caso, de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León (LFPCL), por una parte, y del EM y de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (EJPECL) modificada por la Ley 1/2008, de 27 de marzo, por otra parte, así como de las normas que las desarrollan; nos llevan a afirmar que este Personal está integrado en las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas a las que han sido transferido o a las que después han accedido y se rigen tanto por la legislación básica del Estado como por la legislación específica de sus Comunidades Autónomas.

Recordemos el Dictamen del Consejo de Estado nº 1492/2003, emitido por la Comisión Permanente el 14 de mayo de 2003 sobre el Anteproyecto del Estatuto Marco que, sobre este punto, dice: “*El proyecto invoca, en la Exposición de Motivos y en la disposición final primera, el artículo 149.1.18º de la Constitución... bases del régimen estatutario del personal... Ello es plenamente acertado cuando la principal novedad del proyecto consiste en hacer desaparecer el carácter de tertium genus que este personal ha tenido históricamente y, además, cuando, completado el proceso de transferencias de competencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, el personal sanitario ha dejado de depender de la Administración del Estado a través del INSALUD y otras instituciones sanitarias públicas, lo cual hace necesario, desde el punto de vista de la oportunidad, determinar el contenido de “las bases” de lo que hasta la fecha era derecho estatal de aplicación exclusiva (antes de las transferencias) o supletoria (después de las transferencias) del cual había de “extraer” las bases por interpretación*”.

11 Ocurre de forma similar en otros Cuerpos de las Administraciones Públicas en cuanto a traslados, régimen disciplinario, colaboración en la gestión, etc; fruto de las relaciones entre Administraciones Públicas.

Con estos fundamentos, procedemos al estudio de las Sentencias citadas con la pretensión, por una parte, de analizar la cuestión central de sus decisiones, aportando argumentos jurídicos a los pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS), que en este punto no compartimos, dicho con todo respecto; y, de otra parte, elevando el punto de mira, llegar a unas consideraciones generales que afectan, no sólo, al Personal Estatutario de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud (SNS), sino también a todos los funcionarios de carrera en su legítima aspiración a la promoción profesional. Ello, si como dice la Sala 3ª, Sección 7ª, el acceso a la Función Pública es “único”, la incorporación del ciudadano a la Función Pública, cuando procede, es a un “cuerpo único” y no es admisible, en Derecho, la “adquisición múltiple” de la condición de funcionario de carrera.

Hay que decir, ya, que esta jurisprudencia nos traslada a otros escenarios, sin duda, añorados por los funcionarios públicos, sobre todo, al principio del camino iniciado con los procesos de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, que tal vez no debimos dejarlo y sobre el que no volveremos.

2. PUNTO DE PARTIDA DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA: LA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.

Es necesario partir de este punto no ya por coherencia jurídica sino por el contrapunto que supone para el pronunciamiento del TS en el análisis jurídico de los hechos.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL), conoce del recurso interpuesto por Doña Esther (aspirante a una de las plazas convocadas por la Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la SAN/947/2008, de 29 de mayo, para acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Matróna, del Servicio de Salud de dicha Comunidad¹²) contra la Resolución de 20 de febrero de 2009 del Gerente de Salud de Área de Ávila, recurrida en alza-da, sin éxito, según Resolución del Director-Gerente

12 Mediante esta Orden se convoca un concurso-oposición para cubrir un número determinado de plazas por turno libre y por promoción interna y con un 3 % de reserva para discapacitados. Al final, todas se cubren por el turno libre acumulándose a él las ofertadas en los otros turnos.

de la Gerencia Regional de Salud de 11 de junio de 2009.¹³

La recurrente fue excluida del proceso selectivo; suponemos que a través de las listas de admitidos y excluidos, en su día, publicadas¹⁴.

Decimos suponemos, porque según nos consta, la lista provisional de admitidos y excluidos se publica en el Boletín Oficial de Castilla y León (BOCYL) nº 153 de 8 de agosto de 2008, mediante Resolución de 30 de julio de 2008 y la lista definitiva se publica en el mismo Boletín, nº 175 de 10 de septiembre de 2008 por Resolución de 1 de septiembre de 2008.

Es necesario, por tanto, dejar constancia de dos hechos: uno, que entre las causas de exclusión, que se citan, no aparece el motivo que fundamenta el recurso (la de tener o no la condición de personal estatutario fijo) dado que no era un requisito exigible a los aspirantes¹⁵ y, dos, que el tribunal de las pruebas selectivas aplica, con efecto retroactivo, la Orden ADM/1757/2008, de 24 de septiembre, de la Consejería de Administración Autonómica¹⁶.

13 Con la misma fecha, el mismo Tribunal y la misma Sección, dicta otra Sentencia (Recurso 927/2010) con idéntico pronunciamiento y partiendo de los mismos hechos (la misma Orden SAN/947/2008, de 29 de mayo). Fue también casada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 2013, con similares pronunciamientos. Sobre la misma convocatoria dicta otras (dos de 31.05.12 -Recurso 925/2010 y 783/2010- que fueron anuladas por la misma Sala del TS en Sentencias de 13.12.12 -Recurso 3112/2012- y de 25.11.13 -Recurso 3113/2012-). Citaremos otras sobre convocatorias de fechas próximas, sobre el mismo asunto, que corrieron la misma suerte.

14 Las resoluciones recurridas son, pues, respuesta a actuaciones de oficio de la Administración recurrente o del tribunal calificador o a instancia de la interesada.

15 Véase la Base segunda, “requisitos de los aspirantes”, punto 2.1: “Para ser admitido... deberán reunir los requisitos siguientes: a) Nacionalidad, b) Edad, c) Título, d) Capacidad funcional y e) No haber sido separado de cualquier servicio o Administración Pública”.

16 Esta Orden, modificada por otra de la misma Consejería, la SAN/1253/2008, de 4 de julio, que establece las bases comunes que regirán la gestión de los procesos selectivos del personal derivados de la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2008 (BOCL nº 199 de 15.10.08); en su Base cuarta, “Requisitos de los aspirantes”, impone, además de los señalados en la nota 15, uno más: el f), “No pertenecer al mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad a cuyas pruebas selectivas se presenten”. Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, tanto temporal como material, el Tribunal de instancia dice, sin más, que no la considera aplicable. Sin embargo, en otro caso análogo, entra en su análisis con los siguientes argumentos, que compartimos: 1º. Que ni el EBEP ni el EM, ni el EJPECL, establecen ese requisito negativo. 2º. “Ha de significarse... que las bases de una convocatoria constituyen la ley del concurso, que por tanto obligan... a la Administración convocante...” y 3º. Que dicha Orden es

El Fundamento jurídico segundo de la Sentencia dictada (la de 21 de marzo de 2012) fija, correctamente, el hecho objeto de debate: “... *si la exclusión de que ha sido objeto... es o no conforme con el ordenamiento jurídico*”, apuntando que el motivo de exclusión se centra en “... *el acierto de emplear la base cuarta de la Orden ADM/1757/2008, que aprueba unas bases comunes y sobre la interpretación que se debe dar a los términos mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad utilizados en la referida base común*”.

Partiendo de ahí, sienta, como hecho cierto, que entre el Cuerpo, Escala, Categoría profesional y Especialidad que ocupa la recurrente (en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid) y aquel al que pretende acceder (el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) no hay identidad¹⁷; no hay “... *una perfecta identidad...*”, dice.

Creemos que puede haber identidad de contenido en la función que se ejerce pero no tiene que ser Cuerpos necesariamente idénticos; pueden, incluso, regularse por regímenes jurídicos similares, pero no tiene que ser Cuerpos necesariamente idénticos. Desde luego, como señala la Sala, son Cuerpos distintos porque están insertos en Organizaciones distintas: la Comunidad Autónoma de Madrid y la Comunidad Autónoma de Castilla y León¹⁸.

promulgada con posterioridad a la convocatoria recurrida “... y por tanto y so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica no podría incidir en un proceso selectivo que fue objeto de convocatoria en virtud de un acto administrativo anterior”. Véase, STS de 15.11.13 (Recurso 2185/2012) que en los FF.jj. 2 y 3 dice: “*Como se sostiene por el recurrente... el motivo debe prosperar... (por) ... la falta de cobertura normativa de la base incluida en el apartado 2.1, in fine, inciso a), que exige estar en posesión del permiso de conducir...*”. También expresa que, en aras al denominado “juicio de aplicabilidad” al caso de las normas –estatal o autonómica– que corresponda, en el Derecho autonómico de La Rioja “*solo el artículo 26.2 del Decreto 2/2011, de 14 de enero, de selección de personal estatutario y provisión de plazas y puestos de trabajo del Servicio Riojano de salud deroga al Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, y contempla como posibilidad, que se exija el requisito relativo a la tenencia del permiso de conducir, pero se trata, como también razona el recurrente, de una norma dictada con posterioridad a la convocatoria combatida, que entró en vigor el 20 de enero de 2001 y que, por ello, no resulta aplicable al caso que enjuiciamos*”. Y sigue diciendo en el F.j.5: “*En tal caso la exigencia de un requisito como el que se discute resulta carente de la adecuada cobertura normativa, legal o reglamentaria, que lo justifique lo que nos conduce a estimar el motivo y casar la sentencia recurrida*”. Véase, también, las SSTSJCL de 12.06.12 (Recurso 2692/2008) F.j.2, y la de 29.06.12 (Recurso 936/2010) F.j. 1.

17 Son Cuerpos distintos, sin duda alguna.

18 El TC en su Sentencia nº 77/1990, de 26 de abril, F.j.3,

Como muy bien señala este Tribunal, el argumento que apunta la Administración recurrente, de posible desorganización del Servicio tiene pleno sentido en el supuesto de acceso a otra plaza de la misma Administración Pública; o sea, si un funcionario o personal estatutario dejara su plaza vacante por haber accedido a otra plaza del mismo Servicio de Salud; pero, el argumento pierde consistencia si se trata de acceder a una plaza o puesto de trabajo de otro Servicio, salvo que la responsable de uno y otro fuera la misma Administración Pública¹⁹; lo que aquí no ocurre.

Los argumentos jurídicos en los que la Sala apoya su decisión son plenos. De la lectura del art. 36 del EM sólo puede deducirse que es la Administración autonómica la que convoca las plazas (que identifica con su número y características y cuenta con la dotación necesaria), se anuncia en su Boletín Oficial, establece el procedimiento de selección en razón al contenido de las funciones a realizar por el seleccionado, fija unas bases que le vincula (con el Tribunal que designa), es ella quien ha de resolver los conflictos que surjan en su aplicación, especifica las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, así como las pruebas y programas que deben superar y, por último, será ella quien le nombre como personal estatutario fijo y no puede ser nada más que con sus propios efectos²⁰.

dice: “... *este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios y, en general entre estructuras que son creación del Derecho, es resultado de la definición que este haga de ellas, es decir, de su configuración jurídica: por ello... la discriminación, de existir, resultará solo del hecho de que la Administración aplique criterios de diferenciación no objetivos ni generales*”. “... *tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, ya que es obvio que esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dicho funcionario se inserte*”. “... *se trata (en el caso que se plantea) de Cuerpos diferentes, dependientes de distintos Ministerios y con sistemas de acceso y especializaciones distintas*”. El mismo Alto Tribunal en su Sentencia nº 29/1987, de 6 de marzo, F.j. 54, dejó dicho que “... *la diferenciación puede venir determinada por la propia situación de hecho o por la jurídica o porque el legislador normativamente, de modo justificado y razonable anude, a la situación diferenciada, distinto trato, porque la igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante*”.

19 Organismos Autónomos integrados en la misma Administración Pública territorial.

20 El art. 32 del EM dice, en su apartado 3^a, que en el nombramiento se indicará el ámbito al que corresponde, conforme a lo previsto en la convocatoria y en las disposiciones aplicables en cada servicio de salud. Y, como antes ha dicho su art. 29.2, la selección del personal se realizará “mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezcan”.

Pero, además, es determinante el contenido del apartado 5 del mismo art. 30 del EM que establece los requisitos que han de reunir los aspirantes en los procesos de selección de personal estatutario fijo y son, exactamente, los que recoge la convocatoria de la que parte este proceso²¹.

Concluye, pues, el Tribunal que los elementos definidores de la plaza de origen de la aspirante y los de la que aspira a ocupar son distintos. No entra, ni es necesario que entre, en si son distintos en cuanto al Cuerpo que ocupa, que lo son, y por ende en cuanto a Escala y Especialidad, pero sí determina que son distintas en cuanto a la Administración Pública en la que se integran una y otra plaza.

Como el TS, en casación, al negar el acceso abre la puerta del traslado, como alternativa, hacemos un paréntesis, justificado como veremos, para preguntarnos: ¿Qué criterio general de provisión, de los previstos en el art. 29 del EM²², se quiebra con facilitar (no impedir) el acceso del personal estatutario a una plaza de cualquiera de los Servicios de Salud del SNS? Creemos que ninguno; al contrario, se permite que el Servicio convocante tenga la posibilidad de integrar a los mejores, en cuanto capacidad y méritos, y se facilita la carrera administrativa de este personal mediante un sistema más abierto que la promoción interna, el concurso de traslado o la libre designación²³.

Cada Servicio de Salud puede convocar su concurso de traslado, para cubrir sus puestos vacantes, permitiendo la participación de personal estatutario fijo de los demás Servicios de Salud, “en las mismas condiciones y requisitos” que el personal propio²⁴.

Este proceso de movilidad voluntaria exige que el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Comisión de Recurso Humanos del SNS, homologue las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario. Dicho de otra manera, no todas las categorías profesionales (Matronas en nuestro caso) son

21 Los señalados en la nota 15. El art. 29 del EJPECL establece los mismos cinco requisitos.

22 Que está dentro del capítulo VI: mérito, capacidad, movilidad, promoción internas, etc.

23 No son pocas las convocatorias de acceso a una Administración Pública o de traslado entre ellas que limitan (reducen) la puerta de entrada; lo que consideramos un error desde el punto de vista de la gestión. La captación de los mejores siempre es un acierto.

24 Es decir, sin primar a los suyos o, como dice el apartado 1º del art. 37 EM, “en términos de igualdad efectiva”.

“perfectamente idénticas”, sino que exige una equivalencia que garantice el adecuado ejercicio de las funciones a cubrir tras la toma de posesión en virtud del concurso de traslado.

Pero, sobre todo, debemos decir, como apunta el Tribunal de instancia remitiendo al art. 36 del EJPECL, que este sistema de provisión de puestos de trabajo está previsto para el personal del propio Servicio de Salud que se abre a personal de la misma categoría y especialidad del resto de los Servicios de Salud²⁵. Sabemos, no obstante, que, a veces, se convocan concursos de traslado interno, previos, sin opción a terceros.

Cerramos el paréntesis diciendo que el art. 27 de esta Norma (que regula los sistema de acceso: oposición, concurso y concurso-oposición) no establece los criterios de apertura y acercamiento planificados y previstos para el concurso de traslado; pero, por su naturaleza, son de carácter general y abiertos a todos los ciudadanos²⁶.

Desconocemos las alegaciones de la demandante relativas a las posibles infracciones de las leyes que se citan, pero consideramos que por el hecho de acceder a las plazas que se convocan no pueden quebrarse los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad²⁷; ni tampoco ningún principio legal de los establecidos en el art. 55.2 del EBEP o en el 29.1 del EM.

3. LA CONFORMACIÓN DEL “CUERPO ÚNICO” EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN.

25 Este instrumento evidencia uno de los criterios de acercamiento previstos en el EM. Como señala su Exposición de motivos, apartado III, párrafos 4 y 5, la cohesión y coordinación del SNS se alcanza a través de los principios de libre circulación y movilidad del personal consagrado en el capítulo VII. La adquisición de la condición de personal estatutario, mediante la selección y la promoción interna, se regula en los capítulos V y VI.

26 Ver el art. 31 del EM. Recordemos que la movilidad es, también, un derecho de todos los funcionarios públicos; véase la Exposición de motivos del EBEP y los artículos 81 y 84.

27 Véase STC nº 293/1993, de 18 de octubre, F.j. 4, que centrándose en el art. 23.2 CE dice: “Dicho precepto, al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública”.

3.1 Inadmisión

En aras a lo dispuesto en el art. 86.2 a) de la Ley de 29/1998, de 17 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativo (LJCA) -que acepta el recurso de casación contra las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en materia de personal, en el supuesto de que esté en juego el nacimiento o extinción de la relación de servicios de los funcionario de carrera- la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) en trámite de sentencia (art. 95.1 LJCA)²⁸ debió resolver la inadmisión del recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y, por tanto, su desestimación, por las razones que a continuación señalamos: unas de carácter formal y otras de orden material.

Anotamos, antes, que no es la razón de este trabajo plantear la cuestión desde esta perspectiva; creemos, sin embargo, que es de interés presentar las razones de fondo que encierra la jurisprudencia que se cita.

A. Entre las primeras [descritas en el art. 92.5 d) de la LJCA, en relación con el 93.2, apartados b) y d) y con el 88.1 d) que es el precepto en el que se ampara la recurrente²⁹] podemos citar, sin ánimo de profundizar, las siguientes:

a) Que las citas que se hacen no guardan relación alguna con la cuestión debatida, como se deduce de la simple lectura de ambas sentencias. En la recurrida los motivos impugnatorios son: el acierto en emplear la base cuarta de la Orden ADM/1757/2008 y la interpretación que se debe dar a los términos “mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad” utilizados en la referida base común; sin embargo, en casación el motivo es que se ha infringido el art. 23.2 de la CE y el art. 37 del EM.

Como vemos, la Sentencia del TS no menciona la Orden citada y no hace ningún intento de explicar cómo afecta al caso pertenecer al mismo cuerpo, escala, categoría y especialidad. Ni tan siquiera intenta aclarar si tal identidad se refiere al mismo Servicio de Salud o a Servicios distintos. Tampoco lo argumenta la Administración recurrente.

²⁸ Véase, entre otras, SSTC 50/1991, de 11 de marzo, F.j.3 y la 90/1987, de 3 de junio, F.j.1 y SSTS de 26.11.09 (Recurso 3130/12004) F.j. 3 y tres de 17.12.09 (Recurso 2166/2004, 2725/2004 y 3127/2004) F.j 3 en todas.

²⁹ F.j. 1 párrafo 4º.

El art. 37 del EM aparece una vez en la sentencia recurrida y, lo hace, para señalar que después de acceder a la Función Pública el funcionario tiene derecho a la movilidad entre las Administraciones Públicas. Obvio. No se plantea en confrontación con el acceso, dentro del hecho en conflicto.

El art. 23.2 CE tampoco entra en juego en la sentencia recurrida. Es más, con los elementos normativos que aparecen en el caso, impedir el acceso a la Función Pública de la aspirante es contrario al art. 23.2 CE. Recordemos su contenido: Todos los ciudadanos “*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”.

Con esta visión, conviene citar lo que señala el TS en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013 (Recurso 355/2011): “... *esta Sala... niega la posibilidad de que en sede de un recurso de casación se introduzcan cuestiones nuevas, no planteadas en la instancias (por todas, sentencia de 16 de enero de 1995, 26 de enero y 12 de mayo de 1999 y 30 de enero de 2001)*”. “... *queda vedado un motivo casacional que, al amparo del artículo 95.1. 4º de la anterior Ley de la Jurisdicción, suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la sentencia recurrida...*”. F.j. 5.³⁰

Por coherencia, véase lo que señala el ATS de 7 de abril de 1999 (Recurso 518/1997): “*Del examen del escrito de interposición del recurso se puede afirmar que su único fundamento es la impugnación de la valoración de los hechos y la apreciación que de los mismos ha efectuado el Tribunal de instancia*”. F.j. 1.

b) Que el motivo de casación [art. 88.1 d) LJCA] no explica, con claridad, cómo incide en la Sentencia recurrida la infracción que se denuncia: la de los citados artículos 23.2 CE y 37 EM. Juicio de relevancia.

Lo veremos en los argumentos que, después, se presentan, aunque avanzamos algunos:

1. El fijado por la misma Sala y Sección en la Sentencia de 23 de febrero de 2011 (Recurso 6679/2009) F.j.3, que afirma que deben delimitarse “*con claridad los concretos reproches que dirige a la sentencia recurrida*” y debe incluir un desarrollo

³⁰ La Sala da dos razones que no es necesario reproducir.

argumental para intentar defenderlos. Dicho de otra manera, como hace la misma Sala y Sección en sus dos Sentencias de 3 de diciembre de 1993 (Recurso 9456/1993 y 9457/1993): “debe inadmitir el recurso si no se explica “con claridad” en qué modo incide en la sentencia recurrida la infracción que denuncia”.

2. Recordando lo que el TS [Sentencia de 2 de junio de 2000 (Recurso 6733/2000) F.j.2], dice para no acoger el motivo invocado en casación y señalar que el recurrente no demuestra que se haya vulnerado o infringido el ordenamiento jurídico: “... en los razonamientos que expresa el recurrente, ni centra debidamente el problema jurídico planteado, ni enerva la razón de decidir de la Sentencia que impugna”. “... ninguna norma legal o reglamentaria impone una decisión contraria a la adoptada por el tribunal de instancia”.

3. Viendo la STS, de la misma Sala y Sección, de 16 de marzo de 2000 (Recurso 3661/1996) F.j. 3 que dice: “En dicho escrito no se justifica en qué medida la infracción de la norma no emanada de órganos de la Comunidad Autónoma... haya sido relevante y determinante del fallo de la sentencia de instancia”.

4. La STS de 26 de noviembre de 2009 (Recurso 3130/2004) F.j.3, que dice: “... procede entrar a considerar si el recurso de casación interpuesto era admisible... siempre que (la infracción de las normas) hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”. “... el art. 86.4 de la LJCA... obliga... a que el escrito de preparación del recurso de casación justifique que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia impugnada”. “En la práctica son frecuentes... recursos de casación en los que se invoque la infracción de normas con carácter meramente instrumental para lograr el acceso a la casación”.³¹

5. Sobre la “discriminación injustificable” que la Sala apunta en relación con la sentencia de instancia, véase la del TS de 8 de marzo de 2013 (Recurso 4353/2011) que dice: “... este Tribunal Constitucional ha precisado³² que el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las

funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participante, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad – SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3c)–”. “Sin embargo acoge el amparo solicitado porque el Tribunal calificador convirtió en requisito para el acceso, lo que según las bases del mismo era sólo mérito, pese a no existir un elemento de comparación que acreditara la desigualdad de trato con lo concursantes”. F.j.3.³³

La Sentencia de 22 de febrero de 2002, también de la Sala 3ª, (Recurso 1152/2000) en su F.j. 2 concreta la doctrina jurisprudencial del TC y del TS sobre el art. 23.2 CE en los siguientes puntos:

1. Es un derecho de predeterminación normativa del procedimiento de acceso a los funciones públicas.

2. Se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental.

3. Cuando dispone “con los requisitos que señalen las leyes”, obliga a concluir que tales requisitos han de ser establecidos mediante disposiciones con rango de Ley, sin perjuicio de la colaboración de la potestad reglamentaria con los límites y condiciones que ya se han expresado, “... por lo que hay que estimar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley, puedan incorporarse nuevos o diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimiento de acceso a la función pública”.

4. Supone concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso.

31 Lo que abriría un debate nuevo. Véase, también, dos SSTS 17.12.09 (Recurso 2166/2004 y 2725/2004) F.j.3; la de 17.12.09 (Recurso 3127/2004) F.j. 3, y la de 21.02.2013 (Recurso 3125/2012) F.j.3.

32 Se refiere a la Sentencia nº 138/2000, de 29 de mayo.

33 Véase las SSTS de 09.07.07 (Recurso 10/2004), F.j.3 y 04.05.05 (Recurso 267/2003) a las que remite y que en su F.j. 7, dice: “Si no se divisan infracciones a las normas por las que se había de regir el concurso, ni tampoco cabe hablar de falta de motivación ni de arbitrariedad en su resolución, mucho menos es posible hacerlo de infracción al derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución”. Véase, también, las SSTC 115/1996, de 25 de junio, F.j. 4 y 73/1998, de 31 de marzo, F.j. 3 c).

5. Durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación toda diferencia de trato entre los aspirantes.

6. Solo cuando la infracción de las normas reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado una dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE.

La incidencia del art. 37 del EM, como queda dicho, es nula, aunque la sentencia de casación lo presenta como elemento de necesaria relación, al decir que en la Administración Pública se accede una vez y puedes “moverte” todas las veces que quieras y puedas.

La quiebra del art. 23.2 CE, esencia de la casación, se produce, como veremos, porque se construye un supuesto nuevo, distinto al de instancia: se incorpora a los hechos la exigencia, “*implícita*”, a los aspirantes ya admitidos de un 6º requisito, llamado “*negativo*”, no previsto en la convocatoria ni en las normas reguladoras del proceso selectivo. Por ello, se llega a una solución distinta³⁴.

34 Con otros caracteres, este mismo requisito negativo se presenta en la Cuestión de inconstitucionalidad nº 205/2000 que da lugar a la STC nº 126/2008, de 28 de octubre, en la que se apoya la Sentencia que comentamos, y en la que se dice que el “*requisito negativo*” que se impone por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no vulnera el art. 23.2 CE; que es irrelevante desde la perspectiva de este precepto; que su relevancia está en la promoción del personal estatutario más que en el acceso. Sin embargo, en la Sentencia que comentamos lo que se dice es que la Sala a quo, al no tener en cuenta ese “*requisito negativo implícito*”, provoca una “*discriminación injustificable*” y atenta contra los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Su base, como veremos, es la extraña interpretación que hace del concepto “*misma categoría y especialidad del mismo cuerpo y escala, del mismo Servicio de Salud*”. A estos efectos, recordemos, lo que dice la STS de 13.11.13 (Recurso 3930/2012) F.j. 3: “*El principio constitucional de igualdad no puede tampoco entenderse, en todos los casos, como un tratamiento legal e igual con abstracción de cualesquiera elementos diferenciadores de trascendencia jurídica ni como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento que chocaría con la realidad de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas y con la de que, en virtud de ellas, pueda ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional, siempre que quede a salvo el contenido esencial de los derechos fundamentales*”. La misma Sala y Sección en su Sentencia de 09.07.08 (Recurso 2219/2004) F.j. 3, dice “*... la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades autónomas (artículo 137 CE) permite que estas desarrollen diferentes política de personal sin que por ello resulte vulnerado el principio de igualdad; y también en que, siendo diferentes las circunstancias de hecho existentes en cada una de las Comunidades Autónomas la mera invocación de regulaciones diferenciadas tampoco es bastante para apreciar una discriminación contraria a ese mismo principio*”.

c) Se razona, más bien, sobre la vulneración en que ha incurrido el acto administrativo impugnado en primera instancia, ya que concluye que en la convocatoria de este concurso-oposición debería haberse incluido un 6º requisito exigible a los aspirantes, cual es, “*no tener la condición de personal estatutario fijo en cualquiera de los Servicios de Salud del SNS*”. Pero no fue así, porque no quiso la Administración convocante y porque no lo exige las normas aplicables, aunque, según la Sala, debe entenderse “*implícito*”.

Como dice la misma Sala y Sección en su Sentencia de 21 de junio de 2012 (Recurso 5962/2010) F.j. 6, “*... bajo la cobertura de la cita de estos preceptos legales, lo que realmente se plantea es la disconformidad del recurrente con la interpretación de la normativa autonómica que aplica la sentencia de instancia*”.

Es decir, “*... no se efectúa una crítica sobre cómo y en qué medida son infringidos por la sentencia de instancia*”.

d) No se argumenta sobre la jurisprudencia aplicable en relación con las bases de la convocatoria y su consideración como “*ley del proceso selectivo*”, como exige la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

Sirva, como primera providencia, la Sentencia de 10 de junio de 2011 (Recurso 3507/2009) de la misma Sala y Sección, F.j.3, que considera indiscutible esta exigencia.³⁵

No obstante, partimos de la STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recurso 936/2010) citada, que en su F.j.1, dice: “*... respecto al argumento relativo a la vulneración de las propias bases de la convocatoria, el problema que en realidad se plantea es si (se) ajusta o no a la legalidad la mencionada exclusión cuando resulta que en aquellas no se contempla de forma expresa, como requisito que se exija*

35 Casa la del TSJ de Andalucía de 27.04.09 (Recurso 3102/2003). Deben citarse la STS de 06.03.13 (Recurso 1811/2012) de la misma Sala y Sección, en un caso similar, que casa la de instancia (STSJCL de 27.03.12 –Recurso 937/2010–) sin hacer ninguna mención al contenido de su F.j. 1, en el que la Sala, acudiendo a este principio, justifica la inseguridad jurídica que provocaría aplicar con efecto retroactivo la Orden de 24 de septiembre de 2008. También, las del mismo Tribunal de 25.11.13 (Recurso 3113/2012) que casa las SSTSJCL de 31.05.2012 (Recurso 783/2010), F.j. 2 y la de 05.12.2013 (Recurso 3482/2012) que casa la del mismo TSJ de 29.06.12 (Recurso 936/2010), F.j.1. Véase, asimismo, las de este TSJ de 07.03.12 (Recurso 2828/2008 y 2953/2008).

para participar en el proceso selectivo, el de no osentar la condición de estatutario fijo”. “Pues bien, ha de significarse... que las bases de una convocatoria constituyen la “ley del concurso”, que por tanto obligan tanto a la Administración convocante como a quienes participan en el proceso selectivo. Y en este sentido no estará de más recordar la reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia del T.S. de 23 de mayo de 1987, en que tratándose de una omisión en la convocatoria que a juicio de la parte recurrente debió preverse, se señala: “...no puede estimarse suficiente y ello tanto por la falta de reclamación contra esa omisión en el momento oportuno, lo que convierte las bases concursales en inimpugnables, con todas las circunstancias que las rodean, según una reiterada doctrina que estima que los actos de convocatoria de concursos, en cuanto actos administrativos generales que son, con destino a una pluralidad de administrados (véase SS 20 mayo 1981, 11 junio 1983 y 25 abril 1985), constituyen la ley del concurso que obligan tanto a la Administración convocante, como a quienes, convocados, las acatan y solicitan tomar parte en el mismo (ver S 26 marzo 1985)...”³⁶

En circunstancias específicas el TS en su Sentencia de 14 de marzo de 2014 (Recurso 4371/2012) apoya tales razonamientos corrigiendo la decisión adoptada por el Tribunal calificador en unas pruebas selectivas, poniendo “límite” en la interpretación de las Bases.

En su F.j.4, dice: “Pronunciamiento el nuestro que, como el de la Sala de Valladolid, no supone

36 PÉREZ GÁLVEZ, J. F. “Incidencia del Estatuto Básico del... Ob. cit. Pág. 215, que cita a estos efectos la STSJ del País Vasco de 22.02.99. F.j. 3”, que recordamos: “... no podemos declarar la inadmisibilidad del recurso al amparo de lo establecido en el artículo 82 c) de la LJCA/1956, invocando la firmeza de las bases de la convocatoria por no haber sido objeto de impugnación al tiempo que su publicación y haber devenido firmes, porque la doctrina de la vinculación a las bases pretende garantizar la objetividad e igualdad de trato en un procedimiento selectivo, pero no amparar que supuestas prescripciones contenidas en las bases que conculquen las disposiciones legales, hayan de devenir inimpugnables por mérito de una doctrina dirigida a otros fines. No puede excusarse la Administración demandada en la no impugnación de las bases para salvar las contravenciones del ordenamiento en que haya podido incurrir; pues de admitirse ello se llegaría a la conclusión de que unas bases que recogieran una selección discriminatoria, sin procedimiento legal, con olvido de los principios constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad, si no hubieran sido impugnadas en tiempo y forma, devendrían inatacables y con ello los actos dictados en su aplicación en cuanto se sustentara la impugnación de las bases, lo que evidentemente, llevado a ese extremo, muestra que esas conclusiones no pueden ser acogidas por ser disconformes con el ordenamiento jurídico.”

sino una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere a la igualdad. Y es que, en efecto, la base 6.5 permite al tribunal calificador buscar la forma de acoger la petición de Sra. Angélica o de establecer cualquier otra... para evitar el perjuicio que sufrió...”. No lo hizo la Administración convocante y lo corrige el Tribunal de justicia.³⁷

También dice que: “El dato relevante a los efectos de apreciar que la Sentencia de instancia no interpretó y aplicación correctamente el art. 23.2 CE, está en que éste precepto lo que garantiza es un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo por parte de la Administración, siendo así que la Administración trató por igual a todos los aspirantes. Las facultades interpretativas del Tribunal calificador de la oposiciones tiene sus límites, y es indudable que las bases de la convocatoria no dejan espacio, sin alterar esencialmente la regulación de la oposición, a que el Tribunal pudiera desplazarse fuera del lugar para el examen común de los opositores a una localidad diferente, que era lo solicitado por la opositora”. F.j.4.

La misma Sala y Sección en su Sentencia de 19 de marzo de 2014 (Recurso 193/2012)³⁸, frente al motivo de casación planteado por la Administración, dice: “Para sostener este reproche se aduce... que los anteriores preceptos (art. 39 del EM y art. 3 del Real Decreto Ley 1/1999) proclaman el carácter vinculante de las convocatorias y sus bases para la Administración, para los tribunales que califican las pruebas y para quienes participan en ellas y se recuerda la jurisprudencia que ha subrayado este efecto vinculante (se citan, entre otras las SsTS de 8 de marzo y 19 de diciembre de 2006)” F.j.3.

Y, continua en el F.j.4 “... ese carácter vinculante de las bases sólo puede decaer cuando, en un escrutinio riguroso, haya quedado acreditado de manera inequívoca que su aplicación resulta discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución...”.

37 La Sala entiende que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración frente al fallo estimatorio dictado. Revisa la STSJCL de 25.09.12 (Recurso 700/2009) que fue impugnada por la Administración convocante y que en su F.j.2 dice: “... este Tribunal estima que los actos administrativos impugnados efectuaron una aplicación incorrecta (por desproporcionada) de la base de la Orden SAN/945/2008, por exagerada aplicación de la 7.6 y no tener en cuenta la 6.5 en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009...”. No es necesario apuntar que esta Orden es exacta a la SAN/947/2008, de la que partimos.

38 Casa la Sentencia del TSJ de Cantabria de 15.10.12 (Recurso 666/2011).

En la Sentencia de 15 de noviembre de 2013 (Recurso 2185/2012)³⁹ la misma Sala y Sección, en su F.j.3, dice: “*Como se sostiene por el recurrente, la normativa aplicable al proceso selectivo, según consta en la base 1.5 de la convocatoria, es del siguiente tenor: (y cita las Bases de la convocatoria, a la Ley 55/2033 y al Real Decreto Ley 1/1999)*”. Por tanto, “*el motivo debe prosperar*”.

Señalemos por último, lo que apunta el TC en su Sentencia 115/1996, de 25 de junio: “*... el derecho fundamental del art. 23.2 C.E. ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la propia administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública. Ahora bien, no toda infracción de las bases genera per se una vulneración del citado derecho fundamental. Así, la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de los Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el art. 23.2 C.E, pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En consecuencia, el art. 23.2 C.E. no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los particulares, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 C.E*”. F.j.4.

Recordemos que el trato discriminatorio lo aplica la Sala a los estatutarios fijos de los Servicios de Salud de Comunidades Autónomas distintas a la convocante; no al personal propio, no a los que tengan en su haber otros títulos, aunque sean de mayor nivel, no al personal interino, no a los recién licenciados aspirantes a estas pruebas, etc.

³⁹ Que casa la STSJ de Rioja de 19.04.12 (Recurso 90/2011) que estima parcialmente el recurso al no admitir el de reposición interpuesto y desestima todo lo demás. El recurrente en casación es el mismo que en la primera instancia. La Sentencia de casación es estimatoria. En ella se dice que el recurrente denuncia la infracción del artículo 30.5 del EM puesto en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución de acceder a la función pública en condiciones de igualdad y con lo requisitos que señalen las leyes según la interpretación que le da la jurisprudencia. Los mismos preceptos que la Sala ha considerado, antes, vulnerados.

e) Sobre el interés casacional al que se refiere el art. 93.2 e) LJCA, la misma Sala y Sección en su Sentencia de 23 de junio de 1997 (Recurso 563/1994) lo fundamenta en que la estimación del motivo “*no alteraría el signo de la sentencia*”.

Dicho de otro modo, tan ajustado al art. 23.2 de la CE sería que la convocatoria hubiera establecido ese “*requisito negativo*” y así se exigiera; como lo contrario, que no lo estableciera y por tanto no fuera exigible. Pero, lo que sí altera los hechos y el signo de la Sentencia (por supuesto la del TSJCL así lo determina) es exigir un requisito no exigido en la convocatoria.

Dice la Sala: “*... queda fuera de toda duda que el dato objetivo de la especialidad hace perfectamente razonable y justificado el que se prefiera para las plazas de tal especialidad a los que poseen el título específico, siendo en tal caso el tratamiento diferencial totalmente proporcionado al fin de proveer las plazas con el personal idóneo, lo que está en relación con el principio de mérito del Art. 23.2 CE. No existe, pues, el más leve atisbo de la alegada discriminación*”. (F.j.3).

B. Entre los de carácter material, además de subrayar el convencimiento del propio Tribunal que concluye que no estaba en juego el nacimiento de una relación funcionarial, porque, como dice, el aspirante ya tenía la condición de funcionario de carrera y no puede adquirirse de “*forma múltiple*”⁴⁰, debemos tener en cuenta un dato que la Sala olvida⁴¹.

Dice la Sentencia de instancia: “*... el acto administrativo recurrido adolece de un vicio formal causante de nulidad al amparo de lo previsto en el art. 62.1 c) de la Ley Estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992 y ello debido a que modificó un acto previo y “causó estado” en el procedimiento administrativo de selección omitiendo uno de los mecanismos de revisión de los artículos 102 y 103 de aquella ley*”.

⁴⁰ A la misma conclusión había llegado antes en reiteradas ocasiones como veremos.

⁴¹ En los hechos de este caso consta, como se ha dicho, que la lista provisional de admitidos y excluidos se publica en el BOCYL de 8 de agosto de 2008 mediante Resolución de 30 de julio de 2008 y la lista definitiva de admitidos y excluidos se publica por el mismo medio en la Resolución de 1 de septiembre de 2008; sin embargo, las Resoluciones que se impugnan son de 20 de febrero de 2009 y de 11 de junio de 2009. Por tanto, se dan las circunstancias que se describe en la STSJCL de 2 de abril de 2012 (Recurso 932/2010) F.j.3. También lo olvida en su Sentencia de 03.04.13 (Recurso 1954/2012) que casa la STSJCL de 02.04.12 (Recurso 932/2010) F.j. 3, en un caso similar. Que ni tan siquiera menciona el TS en la sentencia de casación dictada el 3 de abril de 2013 (Recurso 1954/2012).

“Lo anterior obedece a que y según la base quinta de la Orden SAN/1047/2008 la actuación de admisión de aspirantes, anterior a lo que propiamente cabe llamar desarrollo evaluatorio del procedimiento de selección y de carácter preceptivo, concluye y una vez resueltas las reclamaciones contra las listas provisionales con un acto que además de necesitar una publicidad especial (publicación en el BOCYL) define de manera definitiva la relación de quienes tendrán la consideración jurídica de participantes en la selección y respecto de los que se realizaron las tareas evaluadora de oposición y valoración de méritos, por eso es susceptible de una impugnación propia e independiente (base 5.4)”.

“Habida cuenta de la entidad, importancia y trascendencia de la admisión definitiva de los aspirantes por ello se ha dicho que causa estado”.

“No enerva lo precedente la invocación de la base séptima 7 que hace la demandada, ya que la facultad del Tribunal que la misma sanciona ha de ser entendida como de comprobación permanente de los requisitos de los candidatos que puede originar o causar un procedimiento de revisión del acto de admisión definitiva al amparo de los artículos 102 y 103 citados”.

Por ende, dice el Fj.4 de la misma sentencia de instancia: *“Lo considerado... permite afirmar que la actividad autonómica recurrida está incurso en las modalidades de invalidez recogidas en los artículos 62.1 y 63.1 de la ley estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992 debido a que aplica desacertadamente las bases de la convocatoria (1.4 y 8.1.5) en concordancia con el artículo 30.1 de la Ley 55/2003 y prescinde del procedimiento revisorio legamente establecido”.*

De similar forma se pronuncia el Tribunal a quo que aquí analizamos, aunque refiriéndose solo al art. 63.1 LRJPC.

Relacionando el incumplimiento de las bases de las convocatorias con el *“requisito negativo”* que nos ocupa, la conclusión a la que debió llegar la Sala 3^a, en aras a la *“teoría de los actos propios”*⁴², es a la necesidad de exigir la puesta en marcha de la

vía de revisión de oficio de los actos administrativos prevista en el art. 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPC) lo que no se hizo; especialmente, si como dice da a su Fallo el efecto de considerar *“conforme a Derecho esas resoluciones recurridas”*.

Para fundamentarla, citemos a vía de ejemplo, la STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recurso 1129/2010)⁴³ Fj.4, dice: *“Se aduce también que la demandante había sido admitida al proceso selectivo en todas las resoluciones previas –figurando como admitida tanto en la lista provisional como en la definitiva–, e incluso había superado el proceso selectivo; resultando que tales actos han devenido firmes al no haber sido recurridos en tiempo y forma, y sin que tampoco la Administración haya promovido en relación a los mismo ninguna de los procedimientos de revisión previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992”.*

“A este alegato podemos contestar con lo que pusimos en la sentencia del pasado 2 de abril de 2.012 pronunciada en el recurso número 932/2010, que en relación a un argumento muy semejante llegábamos a una solución favorable a los intereses de la allí recurrente, razonando en concreto en el fundamento de derecho tercero, que mutatis mutandis nos servirá ahora, lo siguiente:... ocurre que el acto administrativo recurrido adolece de un vicio formal causante de nulidad al amparo de lo previsto en el artículo 62.1.c) de la Ley Estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992, y ello debido a que modificó un acto previo y que causó estado en el procedimiento administrativo selectivo omitiendo uno de los mecanismos de revisión de los artículos 102 y 103 de aquella ley...”.

A tales razonamientos que nos parecen adecuados en Derecho, la Sala 3^a del TS en su Sentencia de 9 de diciembre de 2013 (Recurso 3214/2012) Fj. 4, opone los siguientes: *“... aunque el requisito negativo de no pertenecer al cuerpo, categoría y especialidad no se explicita en el artículo 56 de ese texto legal, es obligado considerarlo implícito por exigencia de la lógica del sistema. De ahí que, como argumenta la contestación a la demanda, la aplicación de la base 7.7 de las que regían la convocatoria*

⁴² Es abundante la jurisprudencia ordinaria y constitucional que en este sentido existe. Como queda dicho, parte este Tribunal de los reiterados hechos en los que incurre la Administración convocante o, en su caso, el tribunal calificador excluyendo a los aspirantes con base en un requisito no establecido en las citadas bases y absteniéndose de poner en marcha la acción de revisión de oficio de actos previos declarativos/favorable.

⁴³ En la que se destaca como hecho cierto que la recurrente había aparecido como admitida en la lista definitiva e, incluso, que había superado las correspondientes pruebas, sin que la Administración convocante hubiera puesto en marcha ningún procedimiento revocatorio de actos previos. Véase, también, la Sentencia de la misma Sala de 13.03.12 (Recurso 733/2009) Fj.4.

justificase la exclusión de la Sra. Fátima aún después de ser admitida y haber realizado las pruebas de la fase de oposición. En efecto, en ella se dispone que sean excluidos del proceso selectivo aquellos aspirantes respecto de los cuales, y mientras el mismo no haya concluido, se tenga conocimiento de que no poseen la totalidad de los requisitos exigidos en la convocatoria. Que es lo que, precisamente, sucedía en este caso, en el que, por otra parte, no se ha infringido el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

“Este motivo de impugnación, primero del recurso de alzada, pasa a ser recogido con suma brevedad al final de la demanda que se centra en los aspectos señalados y desaparece en el escrito de conclusiones. Y ahora debemos rechazarlo porque, efectivamente, los actos que la recurrente presenta como firmes eran trámites o fases de un proceso selectivo que no habían causado estado”.

Desde luego, en estos procesos selectivos existen pluralidad de actos de trámite, como señala la Sala, pero son de los que denominados “cualificados” porque tienen naturaleza propia que, como en este caso, provocan indefensión y, por tanto, son recurribles por sí solos. Algunos, como la lista definitiva, no agotan la vía administrativa y procede su impugnación en alzada, pero otros, como la lista de aspirantes que ha superado el proceso selectivo, agotan, sin duda, esta vía y procede la Contencioso-administrativa. Véase las resoluciones dictadas en cualquiera de estos procesos⁴⁴.

44 Por ejemplo, en la Resolución de 5 de diciembre de 2007, del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha (SESCAM) de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por los sistemas general de acceso libre y de promoción interna, en la categoría de Matronas. En la Base 2ª, requisitos de los aspirantes, no se exige el “requisito negativo” ya señalado. En su Base 7.4 se dice: “Si a lo largo del proceso selectivo llegara a conocimiento del Tribunal que alguno de los aspirantes no posee la totalidad de los requisitos exigidos en la convocatoria, previa audiencia del interesado, el Presidente del Tribunal lo comunicará, de inmediato, al titular de la Dirección General del Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, para su posible exclusión del proceso selectivo”. La Base 8.6 (que recoge una prueba más de los que estamos señalando, el “acceso múltiple”) dice: “Los aspirantes aprobados que tuvieran la condición de personal fijo de las Administraciones Públicas o de los Servicios de Salud estarán exentos de justificar documentalmente las condiciones o requisitos ya probados para el anterior nombramiento...”. Obviamente, si en la convocatoria se exigiera no tener la condición de personal estatutario fijo de los Servicios de Salud (de lo que también hay ejemplos) la Administración convocante, directamente o a través del Tribunal calificador,

A los estudiantes de Derecho Administrativo les decimos que la Administración Pública, en estos casos, “le da la vuelta a la sartén” y pone al ciudadano en la obligación de acudir a los Tribunales de justicia para proteger sus derechos; cuando, en verdad, lo que tiene que hacer es revisar sus propios actos y anularlos si están viciados.

Los argumentos de la Sala 3ª son evidentes: Monta la exigencia de un requisito que la convocatoria no contempla y que la Ley no impone, para dar la razón a la Administración recurrente en el sentido de otorgar facultades al tribunal calificador para, por sí mismo, excluir a una serie de aspirantes previamente admitidos⁴⁵.

Con todos estos argumentos, entra, sin embargo, la Sala en el fondo del asunto y, lo hace, porque da por hecho que la recurrente en primera instancia ya es funcionaria de carrera (personal estatutario) y, por ello, no puede adquirir de nuevo esa condición. Cierzo el supuesto pero no la conclusión que extrae. Se puede adquirir de nuevo la condición de funcionario de carrera, como todos sabemos. Esto, también es un hecho.

Así pues, admite el recurso de casación y estima la pretensión de la Administración recurrente, anulando la Sentencia de instancia con los “efectos”, dice, de “desestimar el recurso... interpuesto por Doña Adela contra la Resolución de 20 de febrero de 2009 de la Gerencia de Salud de Ávila... por ser conforme a derecho esas resoluciones recurridas”⁴⁶.

Debemos recordar el Auto dictado el 13 de diciembre de 2012 por la Sección 1ª de la misma Sala del TS (Recurso 1739/2012) resolviendo sobre la Providencia de admitir o no el recurso de casación origen de esa Sentencia (el acuerdo fue de admisión, aunque con argumentos muy distintos)⁴⁷.

deberá excluir al aspirante una vez tenga conocimiento de que en la declaración responsable que debió realizar ocultaba que tenía tal condición. Si no lo ocultó y, sin embargo, fue admitido a las pruebas selectivas, la Administración debe revisar sus propios actos por las vías legalmente previstas: artículos 102 y 103 LRJPC.

45 Ni la Ley ni la Oferta de Empleo Público ni el mismo acto de convocatoria.

46 Este es el fallo de la Sentencia que comentamos. Hay que decir que Doña Adela, que no se persona en casación, es Doña Esther en la primera instancia.

47 Se apoya en otros Acuerdos sobre los mismos hechos. Véase los Autos de 16.11.06 (Recurso 7527/2004), dos de

Dice la Sección 1ª, en este Auto, que la recurrente es estatutaria fija (Matrona) del Servicio de Salud de Madrid y trata de acceder a una plaza de la misma Especialidad del Servicio de Salud de Castilla y León (que es otra Administración Pública). Esto supone la constitución de “...una nueva relación estatutaria que no puede cercenarse por el hecho de que el interesado ostente la condición de personal estatutario en otra Comunidad... toda vez que la eventual superación de las pruebas selectivas... supondría la constitución ex novo de una nueva relación de empleo público diferente de la que ya mantenía”.

“La solución contraria (dice) nos llevaría a hacer de peor condición a los funcionarios de carrera frente al resto de los aspirantes en aquellos casos en los que los primeros se presenten por el turno libre a los citados procesos”⁴⁸.

Razonamientos con los que estamos plenamente de acuerdo, que son los del Tribunal a quo y que asume la misma Sala del TS, aunque con otra composición (la de la Sección 1ª).

No entra, la Sección 7ª, en su análisis pero podría haberlo hecho sirviéndole de base de su enjuiciamiento. Como vemos, el Fundamento jurídico 2 del citado Auto señala que “... ha de ser reexaminada la causa de inadmisión puesta de manifiesto a las partes”.

Citemos también los criterios de la misma Sala y Sección al plantear la Cuestión de inconstitucionalidad nº 205-2000 (Auto de 9 de diciembre de 1999⁴⁹) y que dio lugar a la STC nº 126/2008, de 27 de octubre, ya apuntada y sobre la que volveremos⁵⁰.

25.10.12 (Recurso 1733/2012 y Recurso 1811/2012) y el de 10.01.13 (Recurso 1740/2012).

48 Véase Auto del TS de 16.11.06 (Recurso 7527/2004) citado, F.j.2, en el que la Sala admite a trámite el recurso de casación interpuesto por un funcionario público diciendo: “... puede concluirse que en el recurso está en juego el nacimiento de una nueva relación de empleo público diferente de la que ya ostentaba que se mantiene inalterada”. En similares términos se pronuncian los demás citados en la nota anterior, F.j.2. Debemos apuntar también que la misma Sala en sus Sentencias de 25.11.13 (Recurso 3113/2012) y de 13.12.13 (Recurso 3112/2012) citadas, las partes recurridas solicitaron la admisión de los recursos interpuestos por la recurrente y no fueron atendidas sus pretensiones.

49 Que analizaremos. Véase, también, ATS de 23.06.00. Sólo decir, que en el primero (el de 9.12.99) la Sala 3ª, Sección 7ª, del TS acuerda la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad. En el 2º, la misma Sala y Sección suspende el proceso hasta que se decida la anterior cuestión.

50 Aunque lo reiteremos después, debemos decir que la Cuestión de inconstitucionalidad se plantea respecto del

Dice la Sala proponente (Antecedente 3º y Fundamento jurídico 2):

1. Que como la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ofrece, también y a la par, a los aspirantes con su participación en la prueba selectiva, la ocupación de una plaza (reservadas a los facultativos que tienen plaza en propiedad) mediante el sistema de traslado; por tanto, el carácter restrictivo del “requisito negativo” es menor.

Así dice la Sala: “... esta exclusión podría resultar contraria al derecho a la igualdad de los facultativos que ostenten nombramiento en propiedad en el desarrollo de sus funciones públicas, consagrado en los arts 14 y 23.2 CE, en relación con el art.103 CE”⁵¹.

En la convocatoria de la que partimos (Orden SAN/947/2008) no se da esta circunstancia; simplemente se excluyen a los aspirantes colocándolos “en una posición de desigualdad respecto del personal interino y de terceros ya licenciados a quienes se permite participar en el concurso-oposición, generando un trato desigual que no se fundamenta en criterios de mérito y capacidad”.

2. Niega que la jurisprudencia constitucional avale la admisibilidad de esta convocatoria a pesar de su naturaleza excepcional: se convoca por una sola vez.

3. Recuerda que es reiterada jurisprudencia del TC que el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminedar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la Función Pública.

Como veremos, las condiciones de acceso a la situación de personal estatutario del SNS en la convocatoria cuestionada están perfectamente predeterminedas por el legislador y la Administración convocante las expresa en las Bases.

inciso “... que no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud” de la disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por su posible contradicción con los artículos 14 y 23.2, en relación con el art. 103 CE.

51 Ver nota 34.

4. Considera, en suma, que el “requisito negativo” establecido en la Ley 66/1997 es inconstitucional⁵².

Admitido este recurso de casación, la Sala resuelve conforme a lo dispuesto en el art. 95.2 d) LJC-A; es decir, dentro de los términos del debate, como lo expresa la propia Sentencia en su fundamento jurídico quinto.

3.2 Normas infringidas según la Sentencia: art. 23.2 de la Constitución española, el “acceso único”, y art. 37 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el “traslado” como alternativa única.

La Administración recurrente fundamenta su casación en el art. 88.1 d) de la LJCA⁵³, por tanto, el Tribunal ha de analizar los fundamentos jurídicos del recurso para constatar, como señala el art. 93.2 b) de la misma Ley, si se citan o no las normas o la jurisprudencia que se estiman infringidas o si las citas hechas guardan o no relación con la cuestión debatida.

Analicemos, pues, las infracciones que se produjeron según la Administración recurrente y que fueron aceptadas por el Tribunal sentenciador.

Según el fundamento jurídico primero de esta Sentencia se infringen los artículos 23.2 de la CE y 37 del EM, como se ha dicho. El fundamento jurídico tercero argumenta los motivos de impugnación.

El art. 37 EM se refiere al sistema de movilidad voluntaria del personal estatutario entre los distintos Servicios de Salud que conforman el SNS⁵⁴. Tiene,

52 Aunque el fallo es desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, dado el carácter excepcional y por una sola vez de la convocatoria.

53 Infracción de normas o de jurisprudencia aplicables para resolver el debate.

54 No olvidemos que lo que da cohesión al Sistema es la “Movilidad de los profesionales” como dice el art. 43 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del SNS que apunta que “La garantía de movilidad del personal en todo el SNS es uno de los aspectos esenciales de su cohesión, por lo que deberá buscarse un desarrollo armónico de los concursos de traslado convocados por los distintos servicios de salud”. Debe hacerse efectivo mediante Real Decreto, establecido en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud los criterios básicos y las condiciones de las convocatorias. No obstante, dice el precepto, “... sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a las Administraciones Sanitarias”. Véase, también, el contenido del art. 37.1 del EM que exige como garantía de movilidad la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario por parte

por tanto, un sentido muy distinto al sistema de acceso previsto en los artículos 29 y siguientes de la misma Ley y que la Sentencia no menciona.

El art. 23.2 de la CE que regula el acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad, no se infringe, en modo alguno, con la participación libre de un ciudadano en un sistema de ingreso en la Administración Pública⁵⁵ (en este caso, como queda dicho, por concurso-oposición) aunque ya tenga en su haber la condición de funcionario público. Este ciudadano/funcionario de carrera participa en el sistema de acceso en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes que, tal vez, reúnen otras capacidades, pero, sobre la que la convocatoria no se manifiesta⁵⁶. Acceso libre e igual.

La Sala sentenciadora razona, de forma “muy” singular, sobre los hechos y fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia para decidir en el sentido que lo hace. Y, es “conformando” (construyendo) el cuerpo jurídico de su resolución para llegar al fallo que presenta con la afirmación del “acceso único” a

del Ministerio de Sanidad y Consumo, con el Informe de la Comisión de Recurso Humanos del SNS. Por otra parte, como establece el art. 36 EM (en relación con los artículos 12 y 29.4 de la misma norma) cada Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma puede convocar previamente un concurso de traslado interno para favorecer “a los suyos”, mediante el sistema de “reordenación de efectivos” de acuerdo con su Plan de Ordenación de Recursos Humanos negociando con las Mesas correspondientes. Véase las Sentencias del TSJ de Logroño de 02.02.05 (Recurso 8/2004) F.j.2 y de 06.06.10 (Recurso 76/2010) F.j. 2, y las del TSJ de Madrid de 19.10.10 (Recurso 646/2008) F.j.2, y de 25.05.11. (Recurso 1079/2010) F.j.2, en las que se resolvieron Autos de inadmisión en relación con el art. 86.2 a) de la LJCA: los de 30.06.11 (Recurso 6805/2010) y de 16.03.12 /Recurso 1079/2010). Véase, artículos 78.3 y 81.2 EBEP. Recordemos que ese deber no se impone en las convocatorias de acceso (ver el art. 29.2 EM).

55 Véase la STC nº 12/1999, de 11 de febrero, F.j. 6, que decide sobre la cuestión de inconstitucionalidad basada en la posible infracción del art. 23.2 CE con la convocatoria de un concurso (sistema de acceso al Servicio de Salud de Castilla y León) con el que se permite concurrir al personal interino propio y al estatutario de otros Servicios de Salud y dice: “En definitiva, la Administración sanitaria de Castilla y León ha contado hasta el momento con un personal interino, cuya estabilización funcional podría haberle inclinado a la convocatoria de un concurso restringido. Sin embargo, ha querido conseguir esa estabilización con un sistema de selección en el que, aun primándose la condición de interino, no se hiciera imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones, por lo que se dan las condiciones que, según nuestra citada doctrina (especialmente STC 185/1994) derivan del art. 23.2 de la Constitución”.

56 Esos otros aspirantes pueden reunir otras aptitudes de la misma o superior entidad de cara al procedimiento selectivo. Como todos sabemos, estas circunstancias, ajenas a los exigidos por la convocatoria, no tienen, de hecho, ningún efecto directo en ella.

la Función Pública y con la conclusión de que “*si ya has accedido a la función pública no puede acceder otra vez*”.

Veamos brevemente esta argumentación.

La Sala de instancia parte de un hecho; cual es, que si el aspirante a las pruebas selectivas pertenece, como funcionario, a la misma plaza que se convoca y esta es en el mismo Servicio de Salud, el aspirante no puede ejercer el derecho de acceso a las pruebas selectivas convocadas, porque pretendería acceder a una plaza que ya tiene, dice⁵⁷.

Sin embargo, si el aspirante pertenece a una plaza de personal estatutario de otro Servicio de Salud, como es el caso, no hay en la convocatoria ni en las normas que regulan su desarrollo ningún requisito que impida el acceso a las pruebas selectivas. Son plazas cualitativamente distintas (dice) y, por tanto, cualquier ciudadano tiene pleno derecho al acceso en una y otra plaza.

El TS, con esos hechos y fundamentos jurídicos, construye, sin embargo, un supuesto distinto; y lo hace, como hemos dicho, añadiendo a la convocatoria un nuevo requisito (no exigido, que, sin embargo, aplica) para concluir que no pertenecer (que la “*no pertenencia*”, dice) a un Cuerpo de personal estatutario de otro Servicio de Salud es (se presenta como) “*una exigencia*”, un requisito legal más, “*negativo*” lo llama, que debe entenderse “*implícito*” en la convocatoria y en las normas que regulan su desarrollo⁵⁸.

57 La Sentencia recurrida dice que si se excluyera a un ciudadano que ostentara la condición de personal estatutario fijo en un determinado Servicio, aquel al que pretende ejercer el derecho al acceso a una plaza del mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría del mismo Servicio de Salud, en tal caso, con la exclusión, no se limitaría el principio de libre concurrencia, ni los de igualdad, mérito y capacidad. Dicho de otra manera, la exclusión para el TSJCL está en la “perfecta identidad” en Cuerpo, Escala, Especialidad, Categoría y Servicio de Salud. Por tanto, si no se da esa identidad en todos sus términos la conclusión es otra. Véase, la Sentencia de 29.05.13, del mismo TSJCL (Recurso 305/2010) en la que la Sala desestima el recurso interpuesto con tales argumentos: “*Como en el supuesto enjuiciado el demandante tiene la categoría de estatutario fijo en el servicio de salud de esta comunidad autónoma ocurre que existe la citada identidad y por ello su exclusión del procedimiento selectivo ha sido correcta*” (F.j.2). O, la de 12.06.12 (Recurso 2692/2008) en la que el recurrente corre la misma suerte: “*Trasladado ello al caso ahora enjuiciado, como quiera que el recurrente si ostenta, dentro del propio servicio autonómico de salud, la condición de estatutario fijo en la propia especialidad, no cabrá sino confirmar la decisión administrativa*” (F.j 3).

58 Este hecho de introducir nuevos elementos en la convocatoria (que lo hace en primer lugar el tribunal calificador al excluir a ciertos aspirantes y que es apoyada por el TS revisando la sentencia de TSJCL) además de chocar frontalmente con la jurisprudencia dictada sobre la materia

Y con esa construcción afirma que al introducir la sentencia recurrida un elemento de diferenciación

(acceso a la Función Pública y, en concreto, el valor jurídico de las Bases en la convocatoria de pruebas selectivas) supone una intromisión inaceptable de las Administraciones Públicas que los Tribunales de Justicia no pueden apoyar y una quiebra flagrante de los principios constitucionales que fundamenta estos procesos. Veamos, en este punto, lo que dice la misma Sala y Sección en su Sentencia de 5.07.12 (Recurso 4072/2011) que resuelve sobre una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud de Castilla y León (Orden de la Consejería de Sanidad 1100/2008, de 19 de junio) en la que se excluye a un aspirante, aunque por razones distintas. Vemos que en tal Orden tampoco consta el “requisito negativo” y la Sala no lo utiliza en sus argumentos jurídicos. La Sala, acudiendo a la STC 30/2008, de 25 de febrero, F.J. 6, dice: “*a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalan las leyes: como hemos declarado, por todos en las SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 138/2000, de 29 de mayo, la Constitución reserva a la ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones (del) ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración encargada de valorar los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2 CE, lo que por otra parte es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez que lo es de la legalidad, tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado “uno” a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas. En suma, “la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo” (STS 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.b). b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, hemos destacado que nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas “en condiciones de igualdad”, lo supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (STC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril)”. Si así no fuera (es decir, que las Bases de la convocatoria no encerraran, en sí, la debida garantía de los principios constitucionales citados) la vía adecuada debería haber sido su impugnación (por quien procediera), su revisión de oficio (como dijimos) y, en último lugar la suspensión del procedimiento. Nada de eso se hizo. Pero sigue diciendo esta Sala: “... una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las “condiciones de igualdad” a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo en relación las propias “leyes”, sino también con su aplicación e interpretación (por todas, SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c). STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4)”. En definitiva el art. 23.2 CE, garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo”.*

(cual es, admitir al personal estatutario fijo) se rompe la igualdad de condiciones en el acceso a la Función Pública y ello (dice) justifica la exclusión del aspirante a las pruebas selectivas; lo que hace en su Fallo.

Dicho de otra manera, según la Sala, se infringe el art. 23.2 de la CE, porque se admite a un aspirante que reúne las condiciones exigidas por la convocatoria, pero que no cuenta con otro requisito (el llamado “negativo”, ya que se trata de no tener) que esta Sala aplica porque entiende que debe considerarse “implícito” en las normas que regulan el procedimiento. En suma, aplica un requisito no exigido porque debe entenderse implícito.

La base de la construcción está en concebir que en el SNS hay un “Único Cuerpo” de personal estatutario. El F.j. 4º, párrafo 7º, de su Sentencia dice: “... así ha de ser considerado porque los cuerpos de personal estatutario del SNS son únicos aunque el acceso a ellos se haga desde el ámbito de cada Servicio de Salud de las distintas Comunidades Autónoma”⁵⁹.

Por ello estima que se ha infringido el art. 23.2 de la CE; entiende que todos los ciudadanos integrados en un Cuerpo de personal estatutario de cualquiera de los Servicios de Salud son funcionarios del mismo Cuerpo. Lo que no compartimos; primero, porque ni la LGS ni el EM ni el EBEP hacen tal afirmación; y, segundo, en consecuencia, porque aunque los Sistemas de los distintos Servicio de Salud se integran en el SNS⁶⁰, cada uno tiene su estructura y organización propia, el personal transferido es personal propio, las convocatorias que se publican lo son con plazas propias y los seleccionados son nombrados funcionarios de la Comunidad Autónoma convocante, sujetándose al régimen jurídico propio de cada una⁶¹.

59 Debe entenderse, un Cuerpo por cada Categoría.

60 BEATO ESPEJO, Manuel: “El Sistema Sanitario y Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad”, RAP, núm. 119, pp. 379-418 y núm. 120, pp. 381-400, 1989. Y doctrina que se cita.

61 HERNÁNDEZ YAÑEZ, Juan F: “Políticas de personal en ...”. Ob. cit, pp. 293-297, dice: “Durante el largo periodo transcurrido entre la LGS y el Estatuto Marco de 2003, las modificaciones legales que ampararon jurídicamente las (modestas) reformas fueron ejecutadas mediante decretos con percha jurídica en las Leyes de Presupuesto o de Acompañamiento. De esta manera, es decir, sin gran debate político, se fueron modificando aspectos esenciales de clasificación de personal, selección y provisión de puestos, estructuras retributivas, organización de personal...”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: “El Sistema Nacional de Salud como Sistema: Realidad y carencia”. Derecho y Salud, Vol, 15, núm. 1, 2007, pp. 8-9, dice: “... la idea unitaria e integradora de todo el Estado... no se produce a nivel global estatal... sino a nivel territorial de éstas (las Comunidades

Dicho de otra manera, como no pueden participar los estatutarios fijos del Servicio de Salud de la Administración convocante, porque ya están integrados en ella, tampoco pueden participar los de otros Servicios de Salud (de otras Administraciones Públicas) porque eso sería una “discriminación injustificable”.

Los argumentos sobre la infracción del art. 37 del EM son aún más débiles. Dice la Sala que, como todos los estatutarios del SNS de una determinada Categoría pertenecen al mismo y Único Cuerpo que existe (en este caso el de Matronas) lo que se debía haber hecho⁶² es haber convocado un concurso de traslado previo para facilitar la movilidad de este personal.

Es decir, el Tribunal monta su “teoría de la conversión” diciendo que “La diferenciación establecida en la sentencia (la de instancia, que no fue tal) lo que hace, en realidad, es convertir en la práctica una procedimiento de acceso en un procedimiento de movilidad”.

Preguntamos ¿Cómo? y dice la Sala: “... disponiendo unas condiciones diferentes a las establecidas... en el artículo 37 de la Ley 55/2003”.

Y cuando la Administración convocante hace esto (convertir un sistema de acceso en un sistema de traslado) no sólo incumple lo dispuesto por el EM en su art. 37 sino que además quebranta los principios de igualdad, mérito y capacidad y, por supuesto, el TSJCL lo refrenda.

El exceso en el razonamiento de la esta Sala está, sobre todo, cuando al presentar la alternativa dice: “La diferencia de ámbitos autonómicos de prestación de servicios deberá ser presupuesto para el posible ejercicio del derecho de movilidad que establece el artículo 37 de la Ley 55/2003 pero no para la

Autónomas), las cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas”. BEATO ESPEJO, M. “El Sistema Sanitario Español: ...”. Ob. cit, pp. 408-418 (RAP 119). Véase STC 330/2005, de 15 de diciembre, F.j.4, que para fijar el juicio de constitucionalidad que corresponde realizar en el caso planteado (cuestión de inconstitucionalidad) acude a su anterior Sentencia nº 110/2004, de 30 de junio y a otras que cita y dice: “Las Administraciones públicas disfrutan, así, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990). En el caso de las Comunidades Autónomas... este principio de autoorganización tiene además un respaldo constitucional expreso en los arts. 147.2 c), 148.1.1 CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía (STC 156/1999, de 13 de julio, FJ 4)”.

62 No dice quién; suponemos que la Administración recurrida en primera instancia.

posible participación en una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo de quien ya ha accedido antes a la condición”.

Es decir, al ciudadano libre, por el hecho de ser funcionario de carrera, solo le queda esperar a que se convoque un concurso de traslado en el que se incluya la plaza que le interesa y a la que aspira.

Por supuesto, deben darse las circunstancias de que la Administración titular de la plaza lo planifique así y que no se haya ofrecido antes al personal propio por concurso interno.

Estas circunstancias pueden tenerse en cuenta cuando se accede a una plaza por el sistema de promoción interna, pero no por el turno libre.

Recordemos los cambios de situaciones administrativas previstos por las normas vigentes y, sobre todo, que lo regulado por los artículos 62.1 del EBEP y 23.2 de la CE que no se limitan, en su aplicación, a un solo caso sino que han de aplicarse siempre que se den las circunstancias que en ellos se prevén: acceso a la Función Pública.

En relación con esta alternativa, debemos recordar la STS de 2 de enero de 2014 (Recurso 195/2012)⁶³ F.j.2, que dice:

En tal caso no cabe la infracción del art. 23.2 CE, ya que según la abundante doctrina jurisprudencial: *“Para poder apreciar la existencia de un trato discriminatorio injustificado es necesario: 1º. Que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo. 2º. Que la desigualdad de trato o consecuencias jurídicas, de existir justificadamente, no sea desproporcionada. 3º. Que esa desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable. 4º. Que siempre y en todo caso la actuación administrativa ofrecida como término de comparación, sea legalmente irreprochable”.*

“... porque no puede operarse con hipótesis sino con la realidad del concreto caso enjuiciado...”.

Y, concluye diciendo que no se ha ofrecido por la Administración una *“justificación convincente”* sobre el régimen jurídico que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso.

“... se trata de diversas formas de acceso a la función pública”.

La STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recursos 936/2010) relacionaba ambos hechos correctamente (de forma sucesiva y no alternativa) diciendo: *“... conforme establece el artículo 30.1 de la Ley 55/2.003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, la selección del personal estatutario fijo se efectuará, con carácter periódico, en el ámbito que en cada servicio de salud se determine, a través de convocatoria pública, de lo que meridianamente se deduce que ha de ser cada servicio autonómico de salud -como en nuestro caso sucede- el que habrá de efectuar las correspondientes convocatorias de los procesos selectivos, que de primeras sólo permiten el acceso directamente al mismo y no a otro servicio de salud. Bien que después, a través de los procesos de movilidad voluntaria, como así se determina en el artículo 37 del mismo texto legal y en el 36 de la Ley autonómica 2/2007, puede participar también el personal estatutario de otros servicios autonómicos, en cuanto integrados, todos ellos, en el Sistema Nacional de Salud, pero lo cual no será ya a través de los sistemas de acceso, sino de provisión.”*

“Y siendo las cosas como ha quedado dicho... no podrá entenderse vulnerado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución -que es en definitiva lo que se plantea-, y por ende tampoco podrá decirse que se han infringido los principios de libre competencia y de igualdad, mérito y capacidad...”.

La gran pregunta es: ¿Cómo puede vulnerarse un precepto que no se aplica ni se pretende aplicar a los hechos de los que se parte?

Tampoco entendemos ¿cómo se infringe el art. 37 del EM con ese deber que, en teoría, no cumplió quién fuese y que difícilmente se puede hacer cumplir?

⁶³ Que casa la del TSJCL de 21.10.11 (Recurso 216/2011) referida a otro tipo de alternativa, el acceso libre y la promoción interna. El recurso de casación fue interpuesto por la recurrente en la primera instancia y es estimatorio frente al criterio del tribunal a quo.

La realidad demuestra que cada Comunidad Autónoma puede convocar sistemas de acceso a su Servicio de Salud y que cada una de ellas puede convocar concursos de traslado⁶⁴.

Como hemos dicho, el EM establece la obligación de abrir a todo el personal de todos los Servicios de Salud el concurso de traslado que se convoque y, sin embargo, no fija la misma obligación para el ejercicio del derecho de acceso.

Y también sabemos que, en el acceso, algunas Comunidades Autónomas “se imponen” como condición, en las correspondientes convocatorias, no admitir como aspirante a aquel ciudadano que ya tiene la condición de personal estatutario fijo⁶⁵.

La convocatoria que dio lugar a este proceso no convocó un concurso de traslado previo, aunque

64 No puede decirse que si no se convoca un concurso de traslado antes que el procedimiento de acceso (ingreso) éste sería improcedente por quiebra del principio de igualdad y, tampoco podemos decir que si el Ministerio de Sanidad, responsable último del SNS, no convoca un concurso de traslado entre el personal estatutario de todos los servicios de salud, las Comunidades Autónomas no pueden convocar sistemas de acceso a sus correspondientes Servicios de Salud. Véase SSTs de 10.12.07 (Recurso 9458/2009) y de 10.12.12 (Recurso 4125/2011) que resuelven situaciones diferentes según tiempo y circunstancias.

65 En la mayoría de las veces lo hace a través de Reglamento o del acto de convocatoria. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, art. 13 del Decreto 12/2007, de 23 de enero, que regula el acceso; de Baleares: Base 6ª de la convocatoria publicada en la Resolución de 16 de marzo de 2006; de la Comunidad Autónoma Valenciana: Convocatoria de 24 de marzo de 2011 aunque su Decreto 7/2003, de 28 de enero, art. 5, no lo impone. No lo hacen las Comunidades Autónomas de Andalucía (Decreto 136/2001, de 12 de junio, art. 23); Aragón (Decreto 37/2011, de 8 de marzo, art. 15); Galicia (Decreto 206/2005, de 22 de julio, art. 9); Rioja (Decreto 2/2011, de 14 de enero, art. 25); País Vasco (Resolución 1082/2006, de 4 de octubre, nº 6 de sus Resoluciones), Cataluña (Base 4ª de la convocatoria publicada en la Resolución SLT/1136/2010, de 15 de marzo) o Baleares (Base 2ª de la convocatoria publicada en la Resolución de 14 de abril de 2009). Por último, decir, que la Comunidad Autónoma de Murcia, que regula el sistema de acceso por Ley (la 5/2011, de 5 de diciembre, art. 23) no exige tal requisito negativo. Sí lo hace la de Cantabria, por Ley, la 9/2010, citada, y no la Castellano-leonesa, como queda dicho, en su Ley 2/2007, citada, art. 29; aunque en el Decreto 8/2011, también citado, si lo establece. Decir, también, que la Comunidad Autónoma de Asturias, por Acuerdo de 11.11.09, remite al EM. La de Baleares, por Decreto 123/1999, de 17 de junio, remite al Real Decreto Ley 1/1999, citado, que aunque ha sido modificado por Decreto 84/2012, de 4 de octubre, no ha afectado al requisito en cuestión. En relación con las Leyes que incluyan o puedan incluir este “requisito negativo”, véase la STC nº 8/2010, 27 de abril, F.j.2 y la nº 215/2013, de 19 de diciembre, F.j.3, que analiza la posible inconstitucionalidad de una norma autonómica por contradecir una norma básica estatal, como podría ser el caso.

podría haberlo hecho, no compartió las vacantes entre traslado y acceso, como podría haber ocurrido, sino que convocó un concurso-oposición como sistema de acceso a la Función Pública estableciendo unos requisitos y, por tanto, aquellos aspirantes que los reunían no pueden ser excluidos y, menos, cuando ninguna Ley de los que regulan el proceso lo impone⁶⁶.

A continuación, la Sala, para subrayar la infracción del art. 37 EM, dice que como no se ha convocado un concurso de traslado, el concurso-oposición convocado es un concurso de traslado con infracción del Ordenamiento jurídico, por cuanto admite o podría admitir o admitió sin deber admitir a personal estatutario fijo de otra Comunidad Autónoma. Nos parece poco convincente el razonamiento.

Y nos parece así porque la convocatoria de 29 de mayo de 2008 es el desarrollo y aplicación de una Oferta de Empleo Público⁶⁷ para acceso por turno libre con reserva de plazas para personas con discapacidad y para una posible promoción interna⁶⁸. En ella se establece una fase de oposición con 90 preguntas del programa, con constitución de una bolsa de empleo de conformidad con el art. 34 de la LFPCL, con derechos de examen, con Tribunal nombrado por la propia Comunidad Autónoma convocante, con nombramiento de los aprobados como personal estatutario fijo del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León⁶⁹.

No obstante, la Sala resuelve el recurso planteado señalando, en primer lugar, que la normativa prevalente aplicable debe ser el EM y el EBEP (art. 2.4) y, por ello, es la normativa estatal⁷⁰, dice, la que ha de aplicarse y tenerse en cuenta para decidir el recurso interpuesto.

66 La Orden ADM/1757/2008, citada, solo puede obligar al personal propio.

67 En este caso de dos Ofertas acumuladas, la de 2007 y la de 2008.

68 Como queda dicho, ninguna de estas se cubrieron y, por tanto, fueron acumuladas al turno libre.

69 Con sus exigencias específicas. Véase, también, los artículos 26 y siguientes del EJEPL.

70 Entendemos que la autonómica, no; ¿tal vez, por la incidencia que tendría en la decisión de admitir o no el recurso interpuesto? Véase, ARIAS CRIADO, Bernabé: “El personal estatutario de los servicios de salud. Cuestiones diversas. Cuestiones polémicas”, Derecho sanitario: Noticias jurídica, 2011, pp. 4-9.

La Sala, para apoyar sus argumentos, cita tres sentencias de su misma Sección⁷¹ que veremos, aunque ya decimos que se refieren a hechos distintos.

La pregunta es: ¿por qué no ha de tenerse en cuenta el EJPECL y la LFPCL? Entendemos que también son aplicables, como recoge la propia convocatoria y señala el Consejo de Estado.

Veamos lo que dice el TC en su Auto nº 85/2013, de 23 de abril, F.j. 6: “... una interpretación de la base estatal en el sentido de que sus mandatos, en tanto que dirigidos a la correspondiente Administración sanitaria, solamente por ella pueden ser llevados a la práctica significa desconocer las competencias estatutariamente reconocidas, así como impedir al legislador autonómico realizar valoración alguna respecto a las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa en el ámbito sanitario, en atención a las necesidades concurrentes, y para establecer prioridad entre ellas, eligiendo las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades...”⁷²

3.3 Ordenamiento jurídico aplicable y protección de los principios de “exigencia implícita” y de “requisito negativo” como elementos de “la lógica del sistema”.

71 De 16.01.12 (Recurso 6071/2010), de 13.02.12 (Recurso 3702/2011) y de 24.09.12 (Recurso 4560/2011).

72 MURILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: “Ordenamiento jurídico actual: Habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, Derecho y Salud, Vol. 14, número extraordinario 2, 2006, p. 29. Partiendo del art. 3 del EM dice: “Es con relación a este personal donde el EM adquiere su más pleno sentido, estableciendo las bases de un régimen funcional especial que debe completarse con las normas de desarrollo que (con r) respecto a sus respectivos colectivos de personal dicten el Estado y las Comunidades Autónomas. Una vez que se produzca, estará plenamente acabado el *régimen estatutario especial* que sustituirá a los viejos estatutos de los años sesenta del pasado siglo, adaptando el régimen de este personal a la estructura organizativa de la sanidad en el Estado de las autonomías. Esto supondrá, como es obvio, que donde había un régimen estatutario especial habrá ahora dieciocho estatutos especiales de contenido más o menos próximos o lejanos en función de la diversidad problemática que se plantee en cada Comunidad Autónoma y en los servicios de salud del Estado y de sus respectivas políticas. Al mismo tiempo hay otros tantos regímenes estatutarios generales que en el Estado y en cada Comunidad Autónoma establecen el régimen general de la función pública y son de aplicación supletoria en lo no previsto por las normas del EM y de desarrollo del mismo (art.2 apartado 2.)”. PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud. INAP. Madrid 2011. pp. 318-319.

Las “normas prevalentes” para resolver la cuestión, según la Sala, son el EM (sin concretar precepto) y el EBEP en su art. 2.4. Procedemos a su análisis, pero antes debemos reiterar que, también, son de aplicación las Leyes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, citadas, la LFPCL y el EJPECL.

La primera (que, como decíamos, regula la Función Pública de Castilla y León) constituye el desarrollo del EBEP en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, como prevé su art. 6. La segunda (que aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León) es, a su vez, el desarrollo del EM (art. 3).

A estas leyes han de unirse otras normas que las desarrollan. Citamos ahora, la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, el Decreto-Ley 2/2012 de 25 de octubre, que adopta medidas urgentes en materia sanitaria⁷³ y el Decreto 8/2011, de 24 de febrero, que aprueba el Reglamento de Selección y determinadas formas de provisión de plazas y puestos de trabajo del personal estatutario en centros e instituciones sanitarias dependientes de la Gerencia Regional de Salud.

Para empezar, hemos de decir que ninguna de ellas establece, reconoce, la estructura organizativa y funcional que se deduce de la doctrina fijada por la Sentencia del TS que comentamos.

Dicho de otra manera, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León se crea, como Organismo Autónomo, el Servicio de Salud de la Comunidad, denominado Gerencia Regional de Salud; adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, dotado de personalidad jurídica propia, patrimonio y tesorería propios y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 26 de la Ley 8/2010).

Eso sí, integrado dentro del SNS construido por la LGS que inició el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias en el conjunto del Sistema⁷⁴.

Entre sus funciones está (art. 28 de la misma Ley) la de “Organización, dirección y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el cumplimiento de los fines y funciones que tenga encomendados”.

73 Que modifica a la LFPCL, al EJPCCL y a la Ley 8/2010, citada. Véase STS de 14.07.11 (Recurso 54/2008) de la misma Sala y Sección. F.j.8.

74 BEATO ESPEJO, M. “El Sistema Sanitario Español: ...”. Ob. cit., pp. 386-389 (RAP 120).

Este Organismo tiene estructura y características propias y cuenta con los recursos humanos necesarios. Estos recursos humanos se conforman, como señala el art 34 de la misma Ley, por el Personal de la Gerencia Regional de Salud y que “será”, fundamentalmente, estatutario, funcionario y laboral, sin perjuicio de otras posibles modalidades de personal conforme a la normativa vigente.

Para la adecuada ordenación de este Personal, la Comunidad Autónoma aprueba sus propios instrumentos: los Planes de Ordenación de Recursos Humanos, la Plantilla Orgánica (así la llama el art. 13 de la Ley 2/2007) y la Oferta de Empleo Público.

Asimismo, para la selección del personal necesario para cubrir las vacantes existentes, aprueba su propia convocatoria bajo alguno de los sistemas de selección previstos por la misma Ley, establece el procedimiento de provisión de plazas, nombra a quienes lo superen y, tras ello, adquieren la condición de personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma⁷⁵.

El personal seleccionado se integra en Cuerpos, Escalas, Especialidades y Categorías creadas y estructuradas dentro del propio Sistema (el de la Comunidad Autónoma)⁷⁶.

La LFPCL en su art. 1.4 considera que los Título IV (Régimen estatutario de los funcionarios públicos)⁷⁷ y V (Representación y participación en las condiciones de trabajo) serán de aplicación al personal estatutario de los servicios de salud, en aquello que sea compatible con la naturaleza jurídica de su relación con la Administración y siempre que no se contravenga su normativa propia. Y, sin que ello impida a la Comunidad Autónoma aprobar normas específicas, como ya se ha hecho.

Y, a tales efectos, dice que es personal estatutario al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León el incluido en el ámbito del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y normas de desarrollo (artículos 6 y 7) que presta servicios en la Gerencia Regional de Salud⁷⁸.

75 Como señala la Exposición de motivos del EJPECL, apartado III, la provisión de plazas, la selección de personal y la promoción interna y la movilidad del personal se regula en el Capítulo VI de la Ley. Se pretende dotar al Servicio de Salud de Castilla y León de sistemas propios de selección y provisión.

76 PÉREZ GÓMEZ, José M^a y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal...”. Ob. cit, p. 197.

77 Artículos 28 y siguientes que son los que ahora nos interesa.

78 ARIAS CRIADO, Bernabé. “El personal estatutario de los servicios...”. Ob. cit. Pág. 3. Lo define también vinculándolo, como no puede ser de otro modo, al Servicio de Salud en el que

Una vez definido el ámbito de aplicación de la Ley a este personal que, en esencia, es lo que denominamos su régimen jurídico específico, su normativa propia, aquel que se adecúa a las características específicas de la profesión sanitaria y del servicio sanitario-asistencial y, por supuesto, a la organización integral del SNS⁷⁹; decíamos, que una vez definido el ámbito, procede (la Ley) a su ordenación (dentro de cada Grupo⁸⁰) en Cuerpos, Escalas, Especialidades y Categorías.

Los Cuerpos y Escalas se crean mediante Ley y las Especialidades y Categorías⁸¹ por Decreto, como sabemos.

presta sus funciones, a sus Centros e Instituciones.

79 El contenido esencial de esta prestación se detalla en el apartado II de la Exposición de motivos del EJPECL. Entre sus elementos conviene destacar ahora los siguientes aspectos: la determinación de categorías y especialidades que se consideren apropiadas para la prestación de la asistencia sanitaria, la regulación de los procedimientos de selección y provisión de las plazas y puestos de trabajo, el desarrollo de la carrera profesional y la regulación de un régimen homogéneo y uniforme de situaciones administrativas. Véase el Acuerdo Marco sobre Ordenación de los Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en Castilla y León, de 29 de mayo de 2002.

80 Véase Disposición transitoria primera del EJPECL en relación con su art. 18, que clasifica al personal estatutario sanitario dentro de los Grupos y Subgrupos de clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

81 El art. 25 del EJPECL establece las Categorías profesionales del Servicio de Salud de Castilla y León y determina su contenido (Anexo I). La Disposición final cuarta remite a la norma reglamentaria, al procedimiento de creación, modificación y supresión de categorías. Véase, también, la Disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social (vigente con valor reglamentario según el EM, Disposición transitoria sexta) que establece que la creación, supresión, unificación y modificación de categorías se efectuará, en cada Administración Pública, mediante norma del rango que, en cada caso, proceda, previa negociación en la correspondiente Mesa Sectorial. Véase la Disposición adicional 4^a de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, con idéntico texto. Y, por todas, el art. 15 del EM, modificada por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dispone que “En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán, modificarán o suprimirán las categorías de personal estatutario de acuerdo con las previsiones del capítulo XIV (Representación, participación y negociación colectiva) y, en su caso, del artículo 13 de esta ley (Planes de Ordenación de Recursos Humanos)”; que constituyen, dice, el instrumento básico de planificación de tales recursos dentro del servicio de salud y que se aprobarán en la forma que cada servicio determine. Pero, creemos más determinante el contenido del siguiente art. 14.1 que dispone que los servicios de salud establecerán las diferentes categorías o grupos profesionales existentes en su ámbito. Deja, como queda dicho, al Ministerio de Sanidad, previa comunicación de cada Servicio de Salud, la aprobación de un catálogo homogéneo donde se establecerán las equivalencias de las categorías profesionales de los servicios de salud. PÉREZ GÓMEZ, J. M^a y PÉREZ LÓPEZ, R: “Régimen Jurídico del Personal...”. Ob.

Establecida la estructura de ordenación del personal al servicio de la Gerencia Regional de Salud se procede a la convocatoria y selección de aquellos ciudadanos (art. 23.2 CE) que deseen optar a las plazas que se convocan.

Como señala el art. 6.2 i) del EJPECL, corresponde al Consejero competente en materia de sanidad, convocar las pruebas de selección de personal estatutario, estableciendo las bases, programas y contenido⁸² y en el apartado j) nombrar como personal estatutario fijo⁸³ a aquellos aspirantes que hayan superado las pruebas de selección y la expedición de los correspondientes títulos.

Corresponde, también, al Consejero competente en materia de sanidad efectuar la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a las plazas de que se trate y, ello, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo siguiente del mismo artículo que determina el contenido de sus bases.

Y, dice este apartado: "... deberá contener, además de las especificaciones establecidas con carácter necesario en el artículo 30.4 de la Ley 55/2003... al menos..." las siguientes que señala. Pero, el apartado 4º del citado art. 30 del EM dice que las convocatorias deberán identificar las plazas convocadas indicando, al menos, su número y características y especificarán las condiciones y requisitos que deberán reunir los aspirantes⁸⁴.

El art. 29 del EJPECL establece tales requisitos, diciendo: "Para poder participar en los procesos selectivos de personal estatutario fijo, será necesario reunir los siguientes requisitos...". Entre ellas no está el "requisito negativo" que determina la Sentencia que comentamos ni debe entenderse "implícito"⁸⁵.

cit.pp. 195-196.

82 Competencia distinta a la del apartado 2 g) del mismo artículo: "Convocar y resolver concurso de provisión de puestos de trabajo de personal estatutario".

83 PÉREZ GÁLVEZ, J. F: Incidencia del Estatuto Básico del..., Ob. cit, p. 227, que define y señala las características derivadas de su nombramiento.

84 Estos requisitos se expresan en el párrafo siguiente del mismo artículo y no establece el "requisito negativo" que determina la Sentencia que comentamos.

85 Tampoco lo recoge el art. 4.4 de la Ley 30/1999 citada. Tampoco el art. 3.3 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 29 de junio, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social ni, antes, el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre la misma materia; ambas normas remiten a las bases generales que podrán aprobarse (art. 3.3 en las dos) que desconocemos y que las sentencias del caso no mencionan. Solo podemos acudir a la Resolución de

Sin embargo el Decreto 8/2011, en su art. 5, añade un requisito más a los que establece el citado art. 29, diciendo: "... para ser admitido al proceso selectivo será necesario no pertenecer con carácter fijo a la misma categoría estatutaria y especialidad, en su caso, en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes".

En este caso es exigible hacer varias consideraciones:

a) Que no puede modificarse una Ley a través de un Reglamento. El TS en su Sentencia de 11 de junio de 2008 (Recurso 1054/2005) dice: "*La regulación del estatuto funcional está constitucionalmente reservado a la Ley (art. 103.3 CE). Esta reserva de ley tiene alcance relativo, pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias... (pero) descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma (con rango) de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Fj. 3 c)*". F.j.4

"... de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

7 de octubre de 1998, de la Dirección General de Recursos Humanos del INSALUD que establece las bases comunes que han de regir las pruebas selectivas para la adjudicación de plazas vacantes de Facultativos Especiales de Área en los Servicios del INS (Base 2.1) y a la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, que establece las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso en la AGE (Base 9º) que entre los requisitos que señala no cita el tal "requisito negativo". PÉREZ GALVEZ, J. F: Incidencia del Estatuto Básico del..., Ob. cit, pp. 212-220, después de señalar que son cinco los requisitos exigibles para el acceso, destaca de forma "peculiar" la no exigencia del tal sexto requisito "negativo" diciendo: "No se suele incluir este requisito en el grupo normativo regulador estatal, pero las leyes y disposiciones autonómicas que regulan los requisitos de participación lo incluyen al entender que no tiene sentido la participación de aquellos que ya ostentan la condición de estatutario fijo en el servicio de salud"; es decir, los propios. El autor, sin más, remite a la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria, art. 35 g) que sí lo exige. No dice por qué, ni por qué no lo exige otras Comunidades Autónomas, partiendo del carácter básico del EM. Véase nota 65. Pero, en cualquier caso, partiendo del análisis del caso que planteamos, debemos recordar que Castilla y León, no lo establece. Aunque, a nuestro entender, las preguntas claves en este punto es si tal exigencia se puede imponer a los candidatos que acceden libremente a una plaza y, en su caso, por qué; si la puede imponer a posteriori (sin que esté en las Bases de la convocatoria) la Administración convocante; si los Tribunales de justicia ante la impugnación de un acto administrativo puede entenderlo implícito.

b) Que la referencia de “identidad de categoría y especialidad” se hace a sus propios Cuerpos y Escalas.

c) Que afecta al personal estatutario de la Gerencia Regional de Salud⁸⁶.

d) Que será, en todo caso, aplicable a partir de la entrada en vigor del Decreto que fue el 26 de febrero de 2011.

e) Que se establece, vía reglamentaria, un límite al derecho de acceso previsto en el art. 23.2 de la CE⁸⁷.

En relación con las “normas prevalentes” que apunta la Sala 3ª, debemos hacer el mismo razonamiento para llegar a idéntica conclusión.

86 Véase, art. 1.

87 El Preámbulo del Reglamento justifica esta limitación (como novedad) en la doctrina del Tribunal Constitucional sin decir en qué sentencia. Pensamos que es la nº 126/2008, citada, que resuelve una cuestión excepcional, que analizaremos. No obstante, véase la nota 34. Para dar respuesta a este planteamiento, la Sala acude a la doctrina del TC (por todas, la Sentencia 30/2008, de 25 de febrero (F.J. 61) que dice: “... nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes... Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración... no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE...”. “En suma, la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consista la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo”. [Remite, entre otras, a la Sentencia 48/1998, de 2 de marzo, F.j. 7 b)]. Sigue diciendo: “Una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual”. Ya se había pronunciado antes el Alto Tribunal en Sentencias nº 73/1998, de 31 de marzo, F.j. 3 y 99/199, de 31 de mayo, F.J. 4. Pero debemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de 07.03.08, en especial su F.j.2 por la exactitud del análisis del caso y por la doctrina jurisprudencial del TS y del TC a la que remite. Véase, VILLAR ROJAS, Francisco José: “El Derecho Transitorio: de los viejos estatutos al nuevo estatuto”, Derecho y Salud, Vol. 14, número extraordinario 2, 2006, pp. 72-73, que dice: “... en ningún caso, las Comunidades Autónomas podrán modificar esta norma estatal, sea cual sea su rango...”. “... la vinculación de la vigencia de determinadas normas estatales, derogadas, con la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma... solo se entiende a partir de una concepción de lo básico como un conjunto de principios y objetivos generales, ineficaces por sí mismos, cuya efectiva aplicación depende de la actuación autonómica...”. “... el sistema constitucional de competencias se opone a que la vigencia de una norma estatal básica dependa de la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma... Ni siquiera la innegable necesidad de coordinación y articulación que caracteriza el sistema sanitario público justifica este singular entendimiento”.

Los preceptos del EBEP que la Sentencia menciona, a nuestro criterio, no fundamenta la decisión que adopta. Y es así, porque se limita a señalar el art. 55 de este Estatuto Básico, que inicia su Título IV dedicado a regular la adquisición y pérdida de la condición de funcionario y el art. 78 que inicia el Capítulo III (Provisión de puestos de trabajo y movilidad) del Título V (Ordenación de la actividad profesional) ámbitos muy distintos y distantes en la Ordenación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Pero, sobre todo concluye apuntando a su art. 62.1 que se refiere a la adquisición de la condición de funcionario público, para decir, “... entendemos que en la ley es único dicho acceso y única la condición de funcionario...”. Dicho de otra manera, ya expresada, que la condición de funcionario se adquiere solo una vez. No podemos estar en más desacuerdo, como quedó señalado y es fácil de explicar.⁸⁸

Para llegar, la Sala, a la decisión que adopta, incorpora (crea) un nuevo principio rector que ha de regir en el acceso a la Función Pública y dice que en el citado art. 55 del EBEP debe entenderse “*implícitamente*” que quien sea ya funcionario público está tachado para el ejercicio del derecho constitucional del art. 23.2 CE. Porque este principio rector que añade el citado precepto⁸⁹ supondría la quiebra de otro principio, en este caso de orden constitucional, el de igualdad.

88 Tal vez algún Magistrado de la misma Sala fue antes Catedrático de Universidad o Letrado del Consejo de Estado o Abogado del Estado o Fiscal o Secretario judicial. Sin duda tuvo que cumplir tales requisitos en cada acceso. Y respondamos a la pregunta: ¿En qué situación administrativa se encuentra un funcionario cuando, por incompatibilidad, opta por un Cuerpo, Escala, Especialidad o Categoría distintos del de origen? Recordemos cuál es la situación de “Servicio en otras Administraciones Públicas” (art. 88 del EBEP) y, especialmente, la situación administrativa de los funcionarios de la AGE que se integran en la Comunidad Autónoma a la que han sido transferidos y que adquiere la condición de funcionario de carrera de esa otra Administración Pública. Véase la situación administrativa prevista en el art. 85.2 b) del EBEP o la descrita en el art. 66.1 a) del EM (“excedencia voluntaria por prestar servicios en otra categoría de personal estatutario, en otra Administración Pública, salvo que hubiera obtenido la correspondiente compatibilidad), o la situación prevista en el art. 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (modificado por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo) que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la AGE, que regula la situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, con la aplicación dada por la Resolución de 21 de junio de 2007, citada, Instrucción 11 f).

89 Ni siquiera de orden legal. De incorporar la Sala esta exigencia debería ser al art. 56 EBEP. “requisitos generales” para poder participar en los procesos selectivos. Pero, desde luego, tampoco ahí procede.

Remarca su postura diciendo que, en tal caso, las posiciones de las que parten los distintos aspirantes al acceso a un Cuerpo, Escala, Especialidad o Categoría son distintas y que eso quiebra el principio de igualdad. Basta recordar el Auto del TS de 13 de diciembre de 2012, citado.

La Sala inventa (construye, da forma) un “*requisito negativo*” y, además, estima que “*es obligado considerarlo implícito (en el citado art. 55) por exigencia de la lógica jurídica*”.

¿Qué lógica es esa? ¿De qué sistema? Por los preceptos que utiliza parece que se refiere al sistema general de acceso a la condición de funcionario público, estructurado en el EBEP y antes en la LMRFP y antes en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; aún vigentes en parte. Todos ellos derivados del art. 149.1.18 CE, que establece las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, sin perjuicio, dice el precepto, de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

Tales bases fueron aprobadas por el EBEP, citado, y la Comunidad Autónoma de Castilla y León las aplica en su territorio y regula sus especialidades en la mencionada LFPCL. Y, de ninguna de las dos deducimos la existencia de un “*cuerpo único*” que permita un “*único acceso*” y la adquisición de “*una única condición*” de funcionario público. Hemos de reconocer que así lo deseáramos y que debería extenderse; pero no es así. Su encaje dentro del régimen jurídico de las Autonomías que instala nuestra Constitución de 1978 no lo permite⁹⁰.

La mención que hace la Sentencia al art. 2.4 del EBEP, como “*normativa prevalente*” aplicable al caso es más extraña aún, a no ser que la Sala quiera reiterar lo dicho por la propia ley, que el estatutario fijo de los Servicios de Salud es funcionario de carrera y como tal debe tratarse por la Norma.

Si la Sala se refiriera al sistema que se deriva de la LGS el resultado es idéntico. No encontramos en ella, en especial, en el Capítulo VI “*Del personal*”, art. 84 y siguientes, del Título III “*De la estructura del Sistema Sanitario Público*”, esa argumentación.

90 Algo así nos planteábamos al inicio del proceso autonómico cuando preguntábamos si con cualquier título del Grupo A podíamos ejercer cualquiera de las funciones de los distintos Cuerpos y Escalas de ese Grupo. La respuesta fue que no. No es necesario entrar ahora en mayores explicaciones.

El art. 84 remite al EM diciendo en su párrafo 2^o⁹¹ que en el Estatuto Marco se contendrá la normativa básica en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional⁹².

Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto Marco. Y sigue diciendo el párrafo 3^o, la selección de personal y su gestión administrativa se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que estén adscritos los diferentes efectivos⁹³.

El Estatuto Marco, como queda dicho, se aprobó por la Ley 55/2003, citada, que tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el SNS⁹⁴.

Además, es directamente aplicable al personal estatutario de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas⁹⁵. No obstante, en desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud⁹⁶.

Y en lo que ahora interesa, hemos de recordar el contenido del art. 29.2 del EM que establece que la provisión de plazas de personal estatutario se realizará por los sistemas de selección, de promoción interna y de movilidad, mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezca.

Entre los requisitos para poder participar en las convocatorias de selección de este personal, no se establece el “*requisito negativo*” configurado en la Sentencias que comentamos⁹⁷.

91 El párrafo 1^o ha sido derogado por el EM.

92 Su concreción se establece en los “*viejos estatutos*” que seguirán en vigor hasta la aprobación del EM que los deroga. Véase, GARCÍA NINET, José Ignacio: “*Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud*”, Derecho y Salud, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006, p. 20.

93 El art. 85 de la LGS remite a la LMRFP y al resto de la legislación básica en vigor en materia de funcionarios. Hoy, sobre todo, al EBEP y normas de desarrollo.

94 Art. 1.

95 Art. 2.1

96 Art. 3.

97 Véase el art. 30.5

En desarrollo y aplicación del Estatuto Marco, la Comunidad Autónoma de Castilla y León aprueba el EJPECL⁹⁸, citado, que en su Capítulo VI, art. 26 y siguientes, establece la normas de selección de su personal partiendo de su Oferta de Empleo Público y, por supuesto, de la dotación presupuestaria aprobada.

Tampoco el art. 29 entre los criterios generales de provisión hace mención al “*requisito negativo*” que monta la Sentencia del TS.

Un repaso al articulado del EM subraya la singularidad de cada Servicio de Salud para el acceso y el correspondiente nombramiento para ejercer su función. Por el contrario, cuando se pronuncia sobre la movilidad de este personal, art. 29 d), lo abre al “... conjunto del SNS”.

No vemos, pues, ninguna condición que haga presumir que una determinada Comunidad Autónoma está seleccionando a personal de todos los Servicios de Salud de todas las Comunidades Autónomas o para que presten servicio en cualquiera de ellos⁹⁹;

98 Modificado en 2008.

99 Tal vez, si el art. 8 del EM, al definir al personal estatutario fijo dijera que es aquel que “... una vez superado el correspondiente proceso selectivo en cualquiera de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de él deriven en cualquiera de tales Servicios” podríamos deducir que la Ley establece ese “acceso único”, esa “condición (única) de funcionario de carrera” y esa pertenencia a un “cuerpo único”, pero no lo dice así. Es relevante en este punto, la afirmación que hace JIMÉNEZ ROMANO, Ramón: “La nueva ley de selección de personal estatutario”, Ponencia presentada en el IX Congreso Derecho y Salud: “Cambios en el Derecho Sanitario. ¿Respuesta adecuada?”, Sevilla, 2000. Derecho y Salud, Vol, 9, núm. 1, 2001, p. 32. El ponente, al analizar las características fundamentales de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, citada, señala, como 3ª, que “... la Ley establece el principio de libre circulación de los profesionales entre todos los Servicios de Salud” y, para conseguir ese objetivo, la norma adopta, entre otras medidas, “En primer lugar, ... que el personal estatutario se encontrará en situación de servicio activo en todo el Sistema Nacional de Salud, sea cual sea el Servicio de Salud en que se encuentre prestando servicios y con independencia del Servicio de Salud en que, de origen ingresó” y, a continuación afirma: “El mantenimiento de la situación de servicio activo supone, en alguna manera, la consideración del profesional como personal del conjunto del SNS, no sólo de un Servicio de Salud concreto”. Esta afirmación si la viéramos en la Ley 30/1999 o en el EM sería contundente y dudo que el Tribunal de instancia la hubiera obviado. No la encontramos tampoco en ninguna de los textos legales aplicables. En la Ley 30/1999 ni por aproximación. En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Personal del Sistema Nacional de Salud, aprobado en mayo de 2002, tampoco lo encontramos (art. 57). En el EM no lo vemos en el citado art. 8 ni el art. 32 (nombramiento) y se aproxima en el art. 63 al determinar quién está en servicio activo: “cuando (se) preste los servicios correspondientes a su nombramiento... cualquiera que sea el servicio de salud... en el que se encuentre destinado...”.

cosa que nunca aceptaron ni aceptarían hoy. El temario exigido es propio (conforme con sus Instituciones), su concepción de la formación continuada¹⁰⁰ se desarrolla dentro de los criterios establecidos por la Comunidad Autónoma que los selecciona y con los niveles de servicio por ella establecidos¹⁰¹.

Dicho de otra manera, que cualquier estatutario que preste los servicios para el que ha sido nombrado (y el nombramiento se hace en cada Servicio de Salud) está en servicio activo. Y, es lo coherente, atendiendo al sistema jurídico impuesto en la Constitución de 1978. En similares términos se pronuncia el art. 86.1 EBEP al determinar esta misma conclusión para los funcionarios de carrera: “... quienes presten servicios en su condición de funcionario público cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados...”; y no llegamos a la misma conclusión, aunque creemos que el TS en este caso sí que llega. A lo más que podemos llegar es a entender que se puede estar en esa situación en las dos Administraciones Públicas, como ocurre, por ejemplo, con el funcionario que se integra en un Cuerpo de personal estatutario. Véase también MURILLO-VELARDE PÉREZ, J. I: “Ordenamiento jurídico actual: ...”. Ob. cit, p. 28, que dice: “Los principios de estabilidad en el empleo y en el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo, de libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, de integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus centros e instituciones constituyen opciones del legislador básico configuradoras de esta especialidad de relación funcional que, obviamente han de observarse por las normas de desarrollo, pero son prescindibles en caso de reforma del EM, por más que sean sumamente atendibles y adecuado en el contexto del Estado social”. En este punto, debe prestarse especial atención a la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales en las correspondientes Comunidades Autónomas que son o pueden ser, en su caso, requisitos excluyentes. Así se pronuncia el Informe emitido por la Organización Médica Colegial sobre el EM en Abril de 2005, pág.17: “... al no haberse incluido en el articulado ninguna limitación ni reserva respecto de la posibilidad de otorgar carácter excluyente al desconocimiento de las lenguas oficiales, se corre el riesgo cierto de convertir en letra muerta de la Ley a la “movilidad del personal en el conjunto del Sistema Nacional de Salud”, prevista por el artículo 29 d), a cuyos efectos debería establecerse la correspondiente reserva en los respectivos estatutos que en su momento puedan aprobarse por las Comunidades Autónomas”.

100 En el sentido en el que lo entiende PRATS I CATALÁ, Joan: “La formación continuada de los profesionales sanitarios” en La Ordenación de las profesiones sanitarias, Derecho y Salud, V Congreso, 1996, p. 73: “... acciones dirigidas a mejorar el rendimiento de las organizaciones mediante la elevación de las competencias, es decir, de los conocimientos, de las habilidades, de las destrezas, de las actitudes, de los valores y de las identidades de los miembros de la organización”, “... en cómo establecer el diseño organizativo”. Véase, también, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La Ordenación de las profesiones sanitarias” en La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y estatutos profesionales. M. Pons y Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, 2004, pp. 305-306 y su remisión a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias; Exposición de motivos y artículos 33 y siguientes, vinculándola (la formación continuada) a la carrera profesional. BEATO ESPEJO, M: “Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea, núm. 185, 2000, p. 55.

101 Véase, ATC nº 201/2008, de 3 de julio, que resuelve

Lo que vemos en esta Ley son llamadas a la coordinación y colaboración (art. 38 EM y art. 43 de la Ley 16/2003, citada), que prevé distintas convocatorias de provisión de plazas (por traslado, no por acceso) para más de un Servicio de Salud, o requerimientos para la homologación de categorías, como dijimos, o toques de atención hacia la formulación de criterios de homogeneización de las relaciones de empleo (Disposición adicional 5ª) o invitación al establecimiento de condiciones en las que el personal estatutario de los servicios de salud puedan prestar indistintamente servicios en los ámbitos de aplicación de otros estatutos de personal del sector público (Disposición adicional 6ª)¹⁰², o esfuerzos a la integración del personal funcionario de los servicios sanitarios locales, art. 10 del Real Decreto-Ley 16/2012 que añade una Disposición adicional décimo sexta al EM o la Resolución de 29 de enero de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, que publica el Acuerdo que fija los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud¹⁰³.

una Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre infracción de la normativa básica por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de retribuciones: “... hemos de apreciar que la normativa estatal que se utiliza como canon en el control de constitucionalidad de la normativa autonómica tiene una indudable naturaleza básica... Con arreglo a tal carácter es susceptible de ser desarrollada en el ámbito de cada Servicio autonómico de salud... en cuya virtud corresponde a cada Comunidad Autónoma en el ámbito de su correspondiente servicio de salud establecer tanto las retribuciones complementarias a percibir por su personal como el modelo de carrera profesional y la relación que deba existir entre ambos aspectos”. F.j.6.

102 A nivel interno lo establece la Disposición adicional novena de la LFPCL, “Proceso de estatutarización” del funcionario de carrera o del personal laboral. Este personal tuvo antes, como el resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Comunidades Autónomas, su proceso de laboralización, seguido por otro de funcionarización que concluyó en el actual de estatutarización y es posible que en un futuro pueda orientarse hacia nuevas vinculaciones pasando por otra laboralización. Véase un apunte de ese proceso en, BEATO ESPEJO, M: “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, RAP núm. 131, 1993, pp. 385-386 y doctrina que cita.

103 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M: “El sistema Nacional de Salud...”, Ob. cit, pp. 8-9, dice, que ante la idea unitaria e integradora del SNS en todo el Estado, “La contrapartida... no puede ser otra que el reconocimiento al Estado... de poderes normativos básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumento de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal”. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís: “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: Fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 10, núm.

Debemos concluir de la misma forma que la Sentencia a quo, al decir que ninguna de “estas disposiciones... impiden participar en las pruebas selectivas para ingreso como personal estatutario a quienes tengan tal condición, con lo que... resultan quebrantados los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad”.

3.4 Jurisprudencia que sirve de apoyo a la Sala.

Decíamos que el TS para avalar uno de los argumentos de la Administración recurrente (que la pertenencia del aspirante al mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría de la plaza convocada es igual, estructuralmente, que la pertenencia a otro Cuerpo, Escala, Especialidades y Categorías de otro Servicio de Salud de otra Comunidad Autónoma) acude a su jurisprudencia, dictada, dice¹⁰⁴, “en asuntos similares al actual”. Se refiere a las Sentencias de 16 de enero de 2012, de 13 de febrero de 2012 y de 24 de septiembre de 2012, citadas¹⁰⁵, que analizaremos brevemente ahora en tanto que se “orientan” a asentar los principios de actuación del Tribunal.

La primera consideración a tener en cuenta, sustancial, es que en las tres sentencias, los profesionales

2, 2002, p. 126. “Culminada la transferencia de la asistencia sanitaria pública a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, la estructura del Sistema sanitario soporta a partir del año 2002 un cambio cualitativo trascendental hasta el punto de que ahora el Sistema Nacional de Salud verdaderamente se descompone en diecisiete sistemas autonómicos de salud con toda la diversidad inherente a las propias políticas sanitarias que diseñe cada uno de ellos. Y, lógicamente, el ensamblaje y armonización de los diecisiete sistemas requiere de unas dosis de coordinación difícilmente imaginables en el contexto de la anterior organización parcialmente centralizada”. MUÑOZ MACHADO, Santiago: La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza Editorial, 1995, pp. 110-115. Tras recordar que la competencia de coordinación es más formal que sustantiva y que es un método de actuación, dice: “Creo que se comprendería mal lo que la coordinación significa si la legislación sanitaria básica se empeñara en configurarla sobre el principio único de permitir al Estado imponer a las Comunidades Autónomas criterios de política sanitaria unilateralmente elaborados. Lo que la coordinación impone, por el contrario, es una conjunción de esfuerzos y una coparticipación en la formulación de objetivos que las diferentes partes que integran un sistema sanitario único deben alcanzar. Pero esos objetivos no deben elaborarse unilateralmente ni imponerse —porque obviamente pueden quedar abatidas las competencias autonómicas— sino formularse contando con todos los responsables de los servicios sanitarios públicos”. En similares términos se pronuncia más tarde en su análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, pág. 15 ss. “La cohesión del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 12, XII Congreso, número extraordinario, 2004.

104 F.j.4

105 Ver nota 71.

interesados, los que fueron recurrentes en la primera instancia, lo eran del Servicio de Salud de la Administración convocante, la Comunidad Autónoma de Madrid¹⁰⁶; por tanto, la “identidad” era plena: mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría y mismo Servicio de Salud; es decir, los tres recurrentes pretendían acceder a su “mismo” Cuerpo.

Además, en las tres sentencias, los hechos que se debaten son distintos a los que aquí se plantean. Los hechos fueron que la Comunidad Autónoma de Madrid, rompiendo sus precedentes, convoca plazas a cubrir por turno libre y promoción interna sin convocar previa o simultáneamente concurso de traslado.

Estos son los hechos debatidos y como consecuencia surge lo que el TS menciona, que los estatutarios fijos de ese Servicio de Salud no pueden acceder a ninguna plaza porque no se les da la posibilidad¹⁰⁷.

Sin entrar en la discusión de si la Administración debe convocar primero un concurso de traslado para facilitar que “los de casa” puedan cubrir las plazas vacantes (las creadas nuevas y dotadas y las vacantes propiamente dichas) y después el concurso-oposición para que “entren los de fuera”¹⁰⁸, interesa, a

106 La primera -al revisar en casación la de 6 de septiembre de 2010 (Recurso 3368/2008)- no lo recoge expresamente, pero como el Tribunal la engloba en el mismo supuesto, consideramos que así es. La segunda -al revisar en casación la de 25 de febrero de 2011 (Recurso 3210/2008)- lo deja muy claro en su F.j.1º. La tercera, al revisar en casación la de 4 de mayo de 2011 (Recurso 3388/2008) lo expresa en su F.j.1º. Las tres sentencias revisadas son del TSJ de Madrid. En vía de casación, en ninguna de las tres comparece la parte recurrida.

107 No es extraño el conflicto que se plantea si tenemos en cuenta sus antecedentes más próximos: los procesos de consolidación del personal interino (numerosos en ese momento) con la posibilidad de participación simultánea de los estatutarios fijos. Dice el F.j. 1º de la Sentencia de 16.01.12: “En su demanda, se aducía que, a diferencia de otras convocatorias precedentes, la correspondiente al proceso selectivo impugnado excluía de la posibilidad de participar en ella al personal estatutario fijo que tuviera plaza en propiedad en la categoría de Diplomados Sanitarios/Enfermería, así como que, con carácter previo, no se convocó concurso de traslado voluntario de diversas categorías, tal y como había sucedido en convocatorias anteriores en las que... el número de plazas aprobadas en las respectivas ofertas de empleo público de la Comunidad de Madrid fue cubierto a razón de un 50 % mediante el procedimiento de concurso de traslado y el otro 50 % mediante un concurso oposición”. Con lo cual se abre un debate, que resuelve las Sentencias dictadas: si antes del acceso la Administración debe facilitar la movilidad. Problema eterno que las Administraciones Públicas han ido resolviendo según criterios de oportunidad.

108 Ver Sentencia del mismo TSJCL, de 20.05.13 (Recurso 1370/2009) en la que el Tribunal decide sobre el tema diciendo: “Debe ciertamente entenderse que ha de existir una prioridad para el desempeño de los puestos de trabajo por parte de quienes

nuestros efectos, acudir, como hace estas Sentencias, al Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia de 126/2008, de 27 de octubre¹⁰⁹, citada.

ya se encuentran integrados como funcionario en las distintas estructuras administrativa... frente a los funcionarios de nuevo ingreso, por lo que la provisión de los puestos de trabajo ha de propiciar el desempeño de dichos puestos para hacer efectivos los derechos de movilidad horizontal de funcionarios, principios estos a los que responde el citado artículo 16 del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero... Sin embargo, ciertamente, en la actualidad en nuestro ámbito normativo... las plazas ofertadas a los aspirantes seleccionados en la convocatoria derivada de la oferta de empleo público no precisarán haber sido incluidas en concurso de traslado con carácter previo” (F.j.2). Véase, también, del mismo TSJ de Madrid, la de 25.02.11 (Recurso 3210/2008) que se pronuncia en similares términos (F.j.3), la de 06.09.10 (Recurso 3368/2008) F.j.4, la de 17.05.11 (Recurso 3383/2008) F.j.4, y la del TSJCL de 8.05.13 (Recurso 1371/2009) F.j.2.

109 Cuestión de Inconstitucionalidad presentada por la Sección 7ª de la Sala 3ª del TS, en relación con el inciso que recoge la disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997: “que no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud”. Entre los hechos relevantes de la cuestión que se debate hemos de citar que el Consejo de Ministros acuerda dar cumplimiento “durante 1998 y por una sola vez” a lo dispuesto en la norma citada. El Fallo fue de desestimación. (Hemos de decir que por Resolución de 22 de mayo de 1998 -BOE nº 131 de 2.06.98- de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de mayo de 1998, para dar cumplimiento a dicha disposición adicional, en la que se dispone que “por una sola vez”, en el ámbito del INSALUD, que habrá de convocarse pruebas selectivas, por el sistema de concurso-oposición, y concurso de traslado para acceso a las plazas de Facultativos Especialistas de Área de acuerdo con las reglas que en la misma disposición se dictan). Entre ellas, que deben publicarse previamente las Bases generales en las que se determinarán los requisitos y condiciones que deben reunir los aspirantes, que fueron aprobadas mediante Resolución de 7.10.98 (BOE nº 2 de 21.10.98). Además, dice la Resolución, estos aspirantes, no podrán ostentar el nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del SNS. Lo que interesa destacar ahora es que las pruebas de acceso y el sistema de traslado son simultáneos. Que los interinos acceden al SNS a través del concurso-oposición y que los estatutarios fijos acceden a las plazas a través del traslado y que como señala la Base 5ª de la Resolución de 22 de mayo de 1998: “... la toma de posesión de los adjudicatarios del concurso se efectuará de forma simultánea a la de quienes acceden a las plazas por concurso-oposición”. Por tanto y es importante destacarlo la opción a plazas de los estatutarios en propiedad la tienen al mismo tiempo que los interinos, no como señala la Sentencia que comentamos que abre esa posibilidad sin tenerla en ese momento. Dicho esto, destaquemos el contenido de los AATS de 09.12.99 (Recurso 344/1998 interpuesto por la Asociación Nacional de Facultativos pendientes de Traslado -ANFET-) y de 23 de junio de 2000, (Recurso 343/1998 -dictado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de mayo de 1998) citado, de forma especial el primero por ser el que menciona la STC 126/2008, referenciada por las que ahora comentamos. En ambos se acuerda plantear Cuestión de inconstitucionalidad sobre el contenido de la reiterada Disposición adicional, que prohíbe a los Facultativos Especialistas de Área que ostenten nombramiento en propiedad, la participación en los concursos-oposición que se celebren para el acceso a plazas de aquella categoría y especialidad. Se plantea la cuestión de inconstitucionalidad por entender el Tribunal que vulnera el art. 23.2 en relación con el art. 103 de la Constitución. Para

Vayamos, primero, a los pronunciamientos del TSJ de Madrid y, en concreto, a la Sentencia de 28 de julio de 2010¹¹⁰ para pasar al Alto Tribunal.

reforzar sus argumentos dice: “... convence a esta Sala y Sección la procedencia del planteamiento de la C.I... pues es más que dudosa la constitucionalidad de este precepto”. Son destacables los siguientes razonamientos: 1. No ve obstáculo para aplicar al personal estatutario el art. 23.2 CE dada su naturaleza cuasi-funcionarial. 2. Por los oponentes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se dice que la finalidad de la ley de terminar con la precariedad (hay un gran número de interinos) no afecta al derecho de los actores al acceso a la condición de funcionario, “pues ya la tienen como propietarios que son” sino al desarrollo de sus derechos funcionariales “que es un aspecto en que la protección que otorga el precepto constitucional que se alega es menos intensa”. Estos argumentos, dice la Sala, carecen de relevancia para despejar la duda sobre la inconstitucionalidad del precepto. “Hay que tener en cuenta que en la regulación que se cuestiona hay un claro aspecto restrictivo para la participación de los actores, por cuanto se le excluye de un modo radical de la posibilidad de acceder a determinadas plazas. Quedando fuera de la posibilidad de ocupación por los propietarios recurrentes”. 3. Las razones organizativas y de eficacia que esgrime la Administración, tampoco parecen decisivas, pues el ejercicio de la potestad organizativa indudablemente ha de ajustarse a las exigencias constitucionales. 4. Cuando la eficacia se funda en la conveniencia de dar continuidad a los interinos que ya actúan en los concretos centros con los consiguientes efectos beneficiosos para la continuidad del servicio, tampoco es considerado por esta Sala ya que no parece lógico pensar que la normalidad y eficacia del servicio quedaría en peor situación si las plazas pasaran a ser ocupadas por los especialistas propietarios que ya pasaron las pruebas de acceso.

110 También citadas por las tres mencionadas y que deriva del Recurso 3732/2008 interpuesto por el Sindicato Regional de Sanidad de Comisiones Obreras de Madrid. Comparece como codemandada el Sindicato CSIT-Unión Profesional. A esta Sentencia remiten las tres que se mencionan en las notas 71 y 105: (De la 1ª, en especial, su F.j.3. 2ª; de la 2ª, en especial, su F.j.1º y de la 3ª, en especial su F.j.3). Pero, lo importante es recordar su Fallo que retrotrae el procedimiento de elaboración del acto administrativo (la convocatoria) al momento en el que se resolvió el recurso de alzada para que la Administración demandada proceda “al dictado de una nueva Resolución de acuerdo a los criterios y bases que se recogen en el citado Fundamento de Derecho, con desestimación del resto de las pretensiones de la parte recurrente...” y de modo especial, como dice su F.j.7º, “... no quedando ésta última Resolución (la de 25 de enero de 2008, la convocatoria) afectada por la nulidad que declara esta Sentencia...”. Pero, es más, el TS, en el recurso de casación, (Sentencia de 21.06.12 (Recurso 5962/2010) citada, declara “no haber lugar” al mismo; rechazando el “motivo único” (art. 88.1 d) LJCA) diciendo que “... se parte de la cita instrumental de una serie de preceptos que se reputan como infringidos.... Aunque no se efectúa una crítica sobre cómo y en qué medida son infringidos por la sentencia de instancia”. Importante, también, destacar ahora, la STS de 10.12.12 (Recurso 4125/2011) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid de 17.05.11 (Recurso 3383/2008) que coincide sustancialmente en su argumentario con las tres sentencias antes citadas (la de instancia en su f.j.3 remite también a la de 28.07.10 citada) además de desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración autonómica por “razones formales” dice, F.j. 7, remite expresamente a las tres sentencias citadas señalando que juegan en “idéntica cuestión”.

Esta Sentencia de 28.07.10 en su F.j.5º dice: “... y lo que sucede es que el actual sistema de diferentes Servicios de Salud por cada Comunidad autónoma, producto de la progresiva transferencia de competencias, servicios y personal del Estado a las Comunidades Autónomas, que se encargan desde el momento de la prestación del servicio público sanitario, da lugar a que cada Servicio de Salud regional vaya creando plazas en las sucesivas ofertas de empleo público que se ofertan a través de los correspondientes procesos selectivos a quienes no tienen la condición de personal estatutario fijo, y en ocasiones también a quien ya tienen esa condición en otro Servicio de Salud Regional a través de su articulación en el correspondiente proceso selectivo pasa a ocupar plaza en propiedad en el Servicio Regional que lleva a cabo la convocatoria, pero sin que estas especiales circunstancias propias de un Estado autonómico como es España, permitan afirmar que quienes pretenden acceder a una determinada plaza en propiedad de un Servicio Regional de Salud diferente a aquel en el que ya ocupa plaza en propiedad participando en un proceso selectivo, acceden por primera vez a la Función Pública, ya que semejante conclusión no es solo contraria a la realidad, sino porque el hecho de que en España existan diferentes Administraciones territoriales –el Estado, las autonomías y las Corporaciones Locales- no autoriza a concluir que quienes acceden como funcionarios públicos o personal estatutario a una de tales Administraciones, es sólo funcionario público o personal estatutario de dicha Administración territorial, y si quieren pasar a servir como funcionario público en otra Administración territorial, sólo puede hacerlo ingresando –accediendo- de nuevo a esa última Administración como cualquier ciudadano que no es previamente funcionario público, ya que semejante postura parece desconocer que el cambio de los funcionarios públicos o del personal estatutario entre diferentes Administraciones territoriales que existen en España tiene lugar, en la mayoría de los casos, por medio de los correspondiente concursos de traslado, en los que es requisito previo ser funcionario público o personal estatutario.

Es verdad que en procesos selectivos como el ahora impugnado se ha venido permitiendo la participación de personal estatutario fijo con plaza en propiedad en otras Administraciones distintas de la que convoca el proceso selectivo –e incluso en la misma Administración convocante en otras plazas de distinta categoría-, y que ahora no se les permite participar, pero esta es una restricción que no se puede considerar carente de un fundamento objetivo y ra-

cional y por tanto arbitraria, porque en definitiva el restringir la participación en el concurso-oposición libre impugnado a aquellos Médicos de Familia que no tengan previamente la plaza en propiedad de esa categoría como personal estatutario fijo, contribuye sin duda al incremento de Médico de Familia tan necesarios para el sistema público de salud, pudiendo por tanto las diferentes Administraciones Sanitarias de las Comunidades Autónomas, en función de sus particulares necesidades, abrir o restringir la participación en el acceso a plazas de nueva creación de personal estatutario fijo, a quienes ya tienen previamente esas condición.

Avala la postura anterior en un caso idéntico al que ahora enjuiciamos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de octubre de 2008¹¹¹, dictada por su Sección 1ª en el Recurso número 205/2000, en la que expone lo siguiente:”

El TC en esta Sentencia dice: “... es jurisprudencia sentada de este Tribunal que el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuales hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador...”

“El hecho de que la norma impugnada implique un cambio en el sistema tradicional de provisión de plazas no resulta, en sí mismo, contrario al art. 23.1 CE ya que siendo un derecho de configuración legal, el legislador puede configurar como estime conveniente el sistema de provisión, siempre que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

“... se ha destacado que las Administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio y que la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (por todas, STC 330/2005, de 15 de diciembre, FJ 4)”.

111 Es la citada 126/2008, de 27 de octubre.

4. CAMBIO DE CRITERIO EN EL TRIBUNAL A QUO.

Como no puede ser de otra manera, el TSJCL acata la jurisprudencia del TS y procede a pronunciarse en contra de sus propios criterios. Espera, no obstante, a la Sentencia del TS que comentamos (la de 25 de septiembre de 2013)¹¹².

Entre esta y la de 21 de marzo de 2013, el TSJCL mantiene sus pronunciamientos¹¹³.

Pero, vayamos antes, al cambio que en ella se ha producido¹¹⁴.

En la Sentencia de 16 de octubre de 2013 (Recurso 451/2010) la cuestión que se debate es idéntica a la que aquí enjuiciamos: El acceso a una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud de Castilla y León por alguien que ya lo es en otro Servicio de Salud, el gallego.

El Tribunal remitiendo a la dictada en el Recurso 544/2010, citado, dice que “... esta Sala venía sosteniendo en casos similares que no existía causa alguna de exclusión...”¹¹⁵ (F.j.2).

Pero continua diciendo “Este criterio de esta Sala ha de ser corregido en lo tocante a quien... reúne la condición de personal estatutario en la misma especialidad pero en el servicio de salud de otra Comunidad Autónoma, puesto que así resulta ahora de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo...”.

Y sigue diciendo: “... si lo que justifica la exclusión de la convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud es el hecho de ostentar ya la condición... tratándose de cuerpos únicos de los del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, aunque

112 Como se dijo, el TS había dictado otra, el 21 de marzo de 2013, con un fallo idéntico. Ver nota 13. Entre ambas, con fallos idénticos, había dictado otras: la de 3.04.13 (Recurso 1954/2012) y la de 17.05.13 (Recurso 1733/2012). Y antes, la de 6.03.13 (Recurso 1811/2012) que es la primera que encontramos con los pronunciamientos que aquí estudiamos.

113 Véase la de 25.2.13 (Recurso 678/2009) y la de 29.05.13 (Recurso 305/2010).

114 Véase las dos de 25.09.13 (Recurso 544/2010 y 1761/2010), la de 30.09.13 (Recurso 21/2010) y la de 16.10.13 (Recurso 451/2010) citadas.

115 Y cita la Sentencia de 07.03.12 (Recurso 2828/2008), la de 13.03.12 (Recurso 733/2009) y la de 21.03.12 (Recurso 917/2010).

el acceso a los mismos se haga desde el ámbito de cada servicio de Salud de distintas comunidades, la igualdad de condiciones en el acceso a la función pública, con su vertiente negativa de las condiciones legales excluyentes de ese acceso, se rompe cuando se introduce un elemento de diferenciación como el que supone admitir al personal fijo de otras Comunidades Autónomas con la misma especialidad... ”.

Si esa es la condición excluyente, “... la exigencia del tratamiento igual, que el artículo 23.2 CE impone, se vulnera, si... se introduce una diferenciación en razón del servicio autonómico donde se preste el servicio...”.

“La diferencia de ámbito autonómico de prestación de servicios deberá ser presupuesto para el posible ejercicio del derecho de movilidad que establece el art. 37 de la Ley 55/2003... pero no para la posible participación en una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo...”.

“De esta manera se convertiría el procedimiento de acceso en un procedimiento de movilidad en condiciones diferentes a las establecidas al respecto en el artículo 37 de la Ley 55/2003”.

Este fundamento jurídico dos, relata los mismos argumentos que la Sentencia de 21 de marzo de 2013 que cita¹¹⁶: *“La diferencia, en definitiva, entre la doctrina del Tribunal Supremo y la que mantenía esta Sala, es que en el caso de personal estatutario dicha condición es única y unitaria para todas las Comunidades Autónomas, aunque se pueda adquirir en procesos de ingreso diferenciados por Comunidades”.*

Y concluye el TSJCL aceptando la doctrina del TS: *“... si concurre igualdad tanto de la especialidad como de la condición de estatutario fijo, el pretendido aspirante no podrá presentarse a las convocatorias de acceso en cualesquiera de otras Comunidades Autónomas, evidentemente además de aquella en la que se presta ya servicio en tal condición”.*¹¹⁷

Como queda dicho, por las razones expuestas no compartimos tales razonamientos¹¹⁸.

¹¹⁶ No cita, sin embargo, la Sentencia de 25 de septiembre de 2013 que también conoce.

¹¹⁷ Destaquemos cómo lo dice la Sala.

¹¹⁸ Y parece que algunas Comunidades Autónomas tampoco; por ejemplo, el Servicio Aragonés de Salud con fecha 18 de octubre de 2013, convoca proceso selectivo para acceder a plazas de personal estatutario fijo y no establece entre los requisitos exigibles a los aspirantes “tal requisitos negativo”.

Pero, creemos que la misma Sección de la misma Sala del TSJCL da algunos argumentos para defender sus anteriores pronunciamientos al desestimar las pretensiones del recurrente¹¹⁹.

Se le cierra una puerta pero abre una ventana recordando su Sentencia de 30 de septiembre de 2013¹²⁰: *“Ahora bien, esta solución, que en principio avalaría la tesis que mantiene la parte demandante, no resulta sin embargo trasladable al caso que nos ocupa... (los aspirantes son personal estatutario)... debiendo por ello aplicarse la otra doctrina jurisprudencial que sostiene que con carácter general no puede equipararse el régimen jurídico existente entre distintos tipos de personal...”.* Remite a su Sentencia de 21 de septiembre de 2007 (Royo de Apelación nº 538/06) para traer la siguiente doctrina en relación a la posible vulneración del principio de igualdad. Y dice:

“Dicho Alto Tribunal ha declarado de forma reiterada que la equiparación entre dos Cuerpos o categorías de funcionarios, a efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución no puede fundarse exclusivamente en la identidad de titulaciones requeridas para el ingreso en los mismos, en la similitud de su denominación o de las funciones que correspondan desempeñar a sus integrantes, o en circunstancias de hecho semejantes”. Cita sus Sentencias nº 68/1989, de 19 de abril y nº 236/1994, de 20 de julio.

Y añade: *“... es que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho, tales como, en general, las situaciones funcionariales, son el resultado de la definición que el legislador haga de aquellas, esto es, de su configuración jurídica, de modo que desde la perspectiva del principio de igualdad no es lícito equiparar situaciones que en su origen no son equiparables por las normas jurídicas que las producen o crean. (STC 82/94, de 14 de marzo)”.*

“La búsqueda de término de comparación adecuado, que sirva de base a la queja de trato desigual, obtiene respuesta esclarecedora en la doctrina cons-

Véase, Boletín Oficial de Aragón nº 213 de 28.10.13.

¹¹⁹ En esta caso, Personal estatutario fijo que aspira a cubrir plaza de funcionarios del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria, de la misma Comunidad Autónoma; véase la Sentencia de 30.09.13 (Recurso 21/2010) F.j.4.

¹²⁰ Recurso 544/2010, citada, F.j. 4, en la que se inadmitió a un estatutario fijo de la Comunidad Autónoma de Extremadura que aspiraba a cubrir una plaza de la misma categoría en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y cuyo contenido ya hemos descrito, por referencia a otra Sentencia.

titucional en la STC 148/1986, de 25 de noviembre. Se parte en la misma de la premisa de que solo cabe preguntarse por la fundamentación constitucional de una diferencia normativa cuando la singularidad entre categorías personales se realiza en la misma disposición cuestionada, y no, en cambio... cuando dicha singularidad se ha producido ya con anterioridad mediante una diversificación entre diferentes regímenes jurídicos y la nueva norma lo que viene a establecer es una regulación diversa para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de dichos distintos regímenes jurídicos. Y así ocurrirá... tal como recopila la STC 236/1994, de 20 de julio... respecto de aquellas estructuras que, como los Cuerpos y categorías de funcionarios, son creación del Derecho, y, por tanto, son resultado de la definición que este ha hecho de ellas, sin sustrato sociológico real alguno”.

Es decir, los diversos regímenes jurídicos creados por las distintas Comunidades Autónomas llevan a un tratamiento desigual; lo que supone, en definitiva, la aplicación del art. 23.2 CE.

Entendemos este cambio de criterio de esta Sala¹²¹.

121 Véase ATC 139/1993, de 6 de abril, F.j. único: “*Tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, pues como es obvio, esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten...*”. También ATC 741/1984, de 28 de noviembre, F.j. 4. “*... la diferencia de trato se basa en el elemento diferencial del carácter con que se presta la función...*”. Véase, la Sentencia de 19.12.11 (Recurso 3063/2008) de la misma Sala y Sección que tras analizar el concepto legal del SNS y subrayar su amplitud (inclusión también de las instituciones propias del servicio sanitario cántabro como de los servicio concertado de él dependientes; artículos 44, 45 y 50 de la LGS) destaca que dentro de cada Servicio de Salud lo determinante es la titularidad y no tanto la dependencia. Concluye que no se ha producido ninguna quiebra del art. 23.2 CE al no valorarse en el concurso-oposición los servicios prestados en las Instituciones dependientes del Servicio Cántabro de Salud, ya que es el caso a caso el que debe determinar la injustificada discriminación acogida en la sentencia de instancia. Partiendo de la reiterada jurisprudencia constitucional de que “*se infringe el principio de igualdad cuando se da, sin justificación objetiva y razonable una diferencia de trato a situaciones esencialmente iguales*”, concluye que “*... la mera homologación no basta para suponer sin más la equiparación de los centros sanitarios privados con los centros públicos del Sistema Nacional de Salud, pues las condiciones de acceso a una y otra clase de centro sanitarios para prestar servicios en ellos son diferentes... También es diferente 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*”. Véase también, la de 13.10.11 (Recurso 314/2009) de la misma Sala y Sección.

Hemos de decir, en estos momentos, que nos convence más la decisión adoptada por el TSJ de Madrid porque, sin cambiar sus criterios, argumenta bajo otro prisma que, en nuestra opinión, es aceptable¹²²: El servicio público que se presta.

En su Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Recurso 804/2012)¹²³ dice: “*Es verdad que en procesos selectivos como el ahora impugnado se ha venido permitiendo la participación de personal estatutario fijo con plaza en propiedad en otras Administraciones distintas de la que convoca el proceso selectivo... y que ahora no se le permite participar, pero esta es una restricción que no se puede considerar carente de un fundamento objetivo y racional y por tanto arbitraria, porque en definitiva el restringir la participación en el concurso-oposición libre impugnado a aquellos Médicos de Familia que no tengan previamente plaza en propiedad de esa categoría como personal estatutario fijo, contribuye sin duda al incremento de Médicos de Familia tan necesarios para el sistema público de salud, pudiendo por tanto las diferentes Administraciones Sanitarias de las Comunidades Autónomas, en función de sus particulares necesidad, abrir o restringir la participación en el acceso a plazas de nueva creación de personal estatutario fijo a quienes ya tienen previamente esa condición*”. (F.j.3).

Se apoya en la STC 126/2008, citada, y en concreto atendiendo al art. 23.2 CE, en la consagración de un derecho de configuración legal que se traduce, como decíamos, en la imperativa exigencia de pre-determinar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la Función Pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad¹²⁴.

122 Aunque, como principio general, debemos plantear si la Administración Pública puede en su actividad administrativa establecer límites no previstos por la Ley.

123 El supuesto del que parte es el mismo: Recurso de un estatutario fijo en situación de excedencia voluntaria en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid que aspira a acceder a una plaza de la misma categoría en su misma Comunidad Autónoma.

124 Véase, Sentencia de 5.07.12 de la misma Sección de la Sala 3ª del TS (Recurso 4072/2010) resolviendo sobre la convocatoria de proceso selectivo para acceso de personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (Orden SAN/1100/2008, de 19 de junio, en cuya Base 2ª, requisitos de los aspirantes, no constaba el cuestionado “*requisito negativo*”) enuncia el derecho fundamental del art. 23. 2 CE en los siguientes términos: “*Asimismo, tiene derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”. F.j.7. La expresión “*con arreglo a las leyes*”, sigue diciendo el Tribunal, fija el término de referencia del juego de las “*condiciones de igualdad*”. La

Recordando los argumentos del Alto Tribunal cuando afirma que las Administraciones Públicas disfrutaban de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio, vemos que concluye diciendo: “... cabe que el legislador tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de sus servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos... de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador”.

Tales como: incremento de Facultativos Especialistas de Área, mayor nivel de atención sanitaria, prestaciones más eficaces de los servicios sanitarios, entre otros que apuntan los Tribunales de justicia.

5. REFLEXIÓN FINAL (OTROS PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES).

Queremos partir de unas de las conclusiones a la que llega BUENDIA JIMÉNEZ¹²⁵ sobre un tema que planteó similares dudas al que nos provoca este que ahora analizamos, fue el de la Jurisdicción competente para resolver los conflictos que surgían en torno a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y, posteriormente, del SNS.

Decía este Magistrado respecto de la Sentencia que comentaba: “La sentencia debe ser objeto de crítica, tanto por el modo en el que se construye, quizás demasiado voluntarista y, posiblemente, evidenciando en exceso la intención de la Sala de decidir la exclusión del personal estatutario del orden social, como por lo poco convincentes de los argumentos en los que se sostiene la decisión”.

Para fundamentar su aserto recordaba “el viejo adagio, ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit (cuando la ley quiso, dispuso, cuando no, calló)” y concluía: “En suma, si el legislador pudiendo hablar ha decidido callar... no debió hablar el interprete ni corregir su silencio”.

pregunta es, pues, si pueden alterarse la previsión general, arbitrando soluciones singularizadas por razones singulares que después surjan. Ver nota 111.

125 BUENDIA JIMÉNEZ, José Antonio: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005”, *Ius labor*, núm. 1, 2006, pp. 4-6.

A lo que añadimos nosotros ahora: la Sección 7ª de la Sala 3ª del TS está legislando sobre las formas de acceder a la Función Pública, en general, y a la condición de Personal estatutario fijo de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en particular.

Recordemos algunas ideas sobre esta materia que deben unirse a las ya dichas; en especial, a las pronunciadas por el Consejo de Estado transcritas.

Tras la Constitución de 1978, las Administraciones Públicas para el ejercicio de las competencias transferidas ordenan su Personal atendiendo a los criterios de titulación exigida para el ingreso, del régimen jurídico que liga a ese Personal con la Organización en la que presta sus servicios y en función de la naturaleza de las plazas o puestos de trabajo a cubrir por ese Personal.

Para ello, estructura su Función Pública aprobando la Relación de Puestos de Trabajo, dotando presupuestariamente los puestos creados a través de las correspondientes Plantillas de Personal y publicando su Oferta Pública de Empleo.

Tras todos ello, convoca las plazas que desea cubrir con el Personal más eficaz y, mediante el desarrollo del correspondiente proceso selectivo, los nombra como Personal propio y, a través de ello, crea una relación de servicio entre ambos regulada por el Estatuto de Personal vigente.

Este Estatuto de Personal surge de lo previsto en el art. 149.1.18 de la CE que es aplicado por el Estado y, después, desarrollado por las Comunidades Autónomas dentro del marco de competencias atribuido.

Hay que decir, también, que en el conjunto de derechos y deberes que comprende la relación de servicios creada, está la carrera profesional. Que no solo es un derecho del funcionario sino que encierra, asimismo, una obligación de la Administración Pública para hacerla efectiva.

Este derecho del funcionario se manifiesta, en lo que aquí interesa, en que la Administración Pública cuando convoque sus plazas dé opción a su personal a que pueda cubrirlos a través de la Promoción interna¹²⁶.

126 Así se hizo en la Orden SAN/947/2008 que nos ocupa. Es la respuesta a las oportunidades de superación, en títulos y en formación, que antes le ofreció.

Pero, antes, ha dado la oportunidad a ese Personal, “el suyo”, a que ocupe los puestos de trabajo vacantes a través de los concursos de traslado. Por tanto, cuando la Administración Pública convocante mediante oposición, concurso o concurso-oposición (sistemas de acceso) oferta a los ciudadanos las plazas vacantes, no cabe, no procede, que el Personal propio aspire a ellos, sino es a través del turno de promoción interna. Es decir, “su” Administración Pública ya les ha dado la oportunidad de cubrirlos, que es su obligación.

No podemos hacer la misma afirmación respecto del Personal de otras Administraciones Públicas, con los que el derecho a la carrera profesional no funciona.

Y, si no funciona esa relación, ¿cómo podemos impedir que esos otros funcionario de carrera de esas otras Administraciones Públicas aspiren, libremente (a través del turno libre) a ocupar tales plazas? No podemos.

Procedería si todos fueran funcionarios de la misma Administración Pública o, dicho de otra manera, si todos estuvieran integrados en el “*Único Cuerpo*” de Personal Estatutario del Sistema de la Seguridad Social, INSALUD después. Este Cuerpo deja de existir cuando las competencias de sanidad se transfieren a las Comunidades Autónomas¹²⁷.

Recordemos que en la Orden SAN/947/2008 de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se convocan plazas a cubrir por el turno de Promoción interna (Base 2.2) y el requisito exigido a los aspirantes es “tener la condición de personal estatutario fijo... en el Servicio de Salud de Castilla y León... del mismo o inferior grado”. Y, dice también esta base, “en categoría distinta a la convocada”, porque, desde luego,

127 Bastaría con una simple lectura del BOE que publica las más recientes convocatorias, para ver que en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas de la AGE tal “requisito negativo” no se exige. Por ejemplo, véase, la Orden AEC/956/2013, de 22 de mayo, para ingreso en la Carrera Diplomática (BOE nº 130 de 31.05.13); Resolución de 11.11.13 de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para ingreso en el Cuerpo General Administrativo (BOE nº 283 de 26.11.13); Orden HAP/1344/2013, de 26.06.13 para ingreso en el Cuerpo Técnico de Auditoría y Contabilidad; Orden JUS/1959/2013, de 17 de octubre, para ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. Hay ejemplos también en las Administraciones autonómicas que no es necesario señalar. Con carácter general, véase, la Orden APU/3416/2007, de 14 de octubre, que estable las Bases Comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso en Cuerpos y Escalas de la AGE o la Orden JUS/1901/2013, de 20 de septiembre, que estable las Bases Comunes para el ingreso en los Cuerpos de funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

para acceder a la misma categoría ya han tenido la oportunidad brindada por la Administración Pública en procesos previos y de distinto contenido.

Todo este desarrollo se ha visto aplicado a lo largo del tiempo, con todos los Procesos de Consolidación convocados por todos los Servicios de Salud para el Personal interino, con pruebas restringidas o sin ellas, con concurso previos o sin ellos, con desarrollo simultáneo en la dotación de “la” plaza o de forma sucesiva. Algo se ha apuntado al respecto.

Esto es lo que, simplemente, puso en marcha la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el caso que estudiamos, el igual que otras, como se ha visto.

Tal actuación fue refrendada por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, pero el TS (Sala y Sección citadas) está cambiando ese proceso, a nuestro parecer correcto, conforme a Ley. Como queda dicho, el TS está legislando sobre la materia.

Y, es así, porque las Administraciones Públicas eluden el continuo enfrentamiento con los Tribunales de Justicia, aún ganando los pleitos, y cambian sus criterios “conformando” la Ley y adaptando a ella sus convocatorias de pruebas selectivas. Los ejemplos citados sirven de muestra.

Este cambio se ve palpable en las pruebas convocadas por el Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas después de 2008 y, en especial, por el caso que vemos, por la de Castilla y León¹²⁸.

Pero, es que en los pronunciamientos que estudiamos sobre este caso, la Sala no se limita a “configurar” el “*cuerpo único*” y el “*acceso único*” del Personal Estatutario sino que se extiende a todo el Personal de las Administraciones Públicas apoyando sus argumentos en el art. 62 del EBEP, “requisitos para adquirir la condición de funcionario”, que a nuestro entender no encierra lo que la Sala afirma: que no cabe adquirir la “*condición múltiple*” de funcionario público.

La realidad demuestra que no es así y que no puede ser así. No hay que probarlo.

Sobre estas bases hacemos unas reflexiones, de carácter particular, abarcando jurisprudencia posterior

128 Las Relaciones de Puestos de Trabajo aprobadas a partir de 2009 y las convocatorias correspondientes contienen el “requisito negativo” que el Tribunal Supremo ha impuesto.

de la misma Sala y Sección para intentar, después, plantear otras de contenido más general.

Entre las primeras, queremos señalar que la misma Sala y Sección ha dictado con posterioridad al 25 de septiembre de 2013 nuevas sentencias sobre la misma materia¹²⁹ que va configurando con esfuerzo la esencia de su fallo: el “*cuerpo único*”, el “*acceso único*” y la “*condición única*” de funcionario de carrera.

Hasta ahora conocemos la de 9 de octubre de 2013 (Recurso 1956/2012), la de 21 de octubre de 2013 (Recurso 1740/2012), la de 13 de noviembre de 2013 (Recurso 3114/2012), la de 15 de noviembre de 2013 (Recurso 2185/2012), la de 25 de noviembre de 2013 (Recurso 3113/2012), la de 5 de diciembre de 2013 (Recurso 3482/2012), la de 9 de diciembre de 2013 (Recurso 3214/2012), la de 13 de diciembre de 2013 (Recurso 3112/2012) y la de 18 de febrero de 2014 (Recurso 4177/2012) que van mezclando hechos y fundamentos jurídicos expuestos por la Sala desde que se inicia en esta teoría¹³⁰.

Partimos del hecho de que en ninguna de las convocatorias origen de estos fallos se recoge el “*requisito negativo*” mencionado por la Sala; sin embargo, el aspirante/recurrente es excluido del proceso selectivo por esa causa. Hay que decir que la exclusión se produce, en la mayoría de los casos, por decisión del tribunal calificador de las pruebas selectivas en el momento de publicar las listas de aspirantes seleccionados; la razón es que no podían acreditar “estar en posesión” de un requisito no exigido por las convocatorias.

En ellas, la Administración recurrente en casación hace afirmaciones tan contundentes como inaceptables, salvo que se consideren en posición de parte y, lo más grave, son estimadas por la Sala.

Nos sirve de ejemplo, en primer lugar la de 21 de octubre de 2013 (Recurso 1740/2012) F.j.2¹³¹:

a) Admitir a un opositor con los requisitos exigidos, es, constituye, una “*discriminación injustificable*” por parte del Tribunal de instancia y atenta contra el art. 23.2 CE.

129 Algunas, como decíamos, sobre la misma convocatoria.

130 Referidas a distintas convocatorias, aunque el asunto sea el mismo: Personal estatutario fijo de un Servicio de Salud que aspira a una plaza de otro Servicio de Salud. Y, debemos señalar que son bastantes las SSTSJCL pendientes de casación.

131 Que casa la del TSJCL de 13.3.12 (Recurso 733/2009).

b) Debe excluirse a un opositor porque tiene, reúne, un requisito no exigido en la convocatoria.

c) Otra razón para excluir a un opositor es que tiene derecho a “solicitar” un traslado a otra plaza “cuando se convoque” el concurso de traslado. No esperar esa oportunidad supone vulnerar el art. 37 del EM.

d) Afirma que la igualdad de condiciones en el acceso a la Función Pública se quiebra cuando se admiten, como hace los Tribunales de instancia, a aspirantes de otras Administraciones Públicas (de otros Servicios de Salud); porque el tratamiento debe ser igual, con independencia de la Administración en la que hayan adquirido la condición de estatutario fijo¹³².

Dicho de otra manera, la igualdad se alcanza por no ser, el aspirante, estatutario fijo y se quiebra cuando se diferencia por el Servicio de Salud (Administración Pública) en el que se ha obtenido tal condición.

e) Se ratifica en lo obvio diciendo: “... *una cosa es el acceso al empleo público (art. 55 Ley 7/2007) y otra la provisión de puestos de trabajo (art. 78 y ss Ley 7/2007)*”.

132 Sentencia de 21.10.13 (Recurso 1740/2012) F.j.3, que casa la STSJCL de 13.03.12 (Recurso 733/2009) sobre un caso análogo. Véase, también, la Sentencia de 09.12.13 (Recurso 3214/2012) F.j.3, que en un caso igual, hace el mismo razonamiento, aunque anteponiendo una condición que el Tribunal acepta a priori y que no existe: “*En efecto, si lo que justifica la exclusión de la convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud de una determinada categoría y especialidad, es el hecho de poseer ya esa condición, la igualdad de condiciones en el acceso al empleo público (con su vertiente negativa de las condiciones legales excluyentes de ese acceso) se rompe cuando se introduce un elemento de diferenciación como el que ha utilizado la sentencia*”. Parece lógico con la hipótesis que plantea; la cuestión está en fundamentar en Derecho que esa hipótesis existe. La pregunta es: ¿Dónde se justifica esa exclusión? En la jurisprudencia que el Tribunal cita en el mismo fundamento jurídico tercero no hay respuesta: La tres primeras sentencias son las anunciadas desde el principio de este trabajo que, como decimos, se refieren a hechos distintos (ver notas 71 y 105) y las tres segundas son producto del mismo razonamiento; el que la Sala viene haciendo desde su Sentencia de 06.03.13 (Recurso 1811/2012) citada. No olvidemos que la hipótesis se monta para justificar que la exclusión de un funcionario de una Administración Pública que pretende acceder a un puesto “idéntico” de esa Administración está en las mismas condiciones jurídicas (de igualdad) que un funcionario de otra Administración que aspira a cambiar de “Empresa” y por el turno libre se presenta a las pruebas que esta convoca. Creemos que no es necesario excesivo razonamiento para ver que las situaciones son distintas y, por tanto, el tratamiento ha de ser distinto. Lo enjuicia con meridiana claridad el TSJCL en la abundante jurisprudencia que esta Sala casa, en nuestro criterio, sin razón jurídica.

Y concluye que: “... en la antedicha Ley único es el acceso y único la condición de funcionario (art. 62.1)”, “episodio único y singular”.

O sea, cuando se es funcionario de carrera, el único derecho que se puede ejercer para cambiar de puesto de trabajo o plaza es el traslado¹³³.

Recordemos la STS de 2 de enero de 2014, citada (Recurso 195/2012) F.j.2¹³⁴: “... no puede operarse con hipótesis sino con la realidad del concreto caso enjuiciado...”. “... se trata de diversas formas de acceso a la función pública”.

La razón de estos argumentos está en el esfuerzo que, a nuestro criterio, hace la Administración convocante y que acepta la Sala 3ª para dar fundamento a la rotunda afirmación de que no se puede acceder a la Función Pública varias veces, “de forma múltiple”.

Como reflexión general, creemos, que el cumplimiento de esta jurisprudencia puede tener graves consecuencias para el Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en general, y para las propias Administraciones autonómicas, en particular.

Para los primeros, en cuanto que ven limitadas sus expectativas para el acceso a otras Administraciones Públicas (las que les interese por razones muy diversas). Se les excluye “por el peso de la justicia”. No pueden acceder por promoción interna a esos otros Servicios Públicos y han de estar pendientes del concurso de traslado cuando así lo decidan esos otros Servicios de Salud y para ocupar las plazas o puestos que no han cubierto “los de casa”.

Para las Administraciones autonómicas titulares de las competencias en materia sanitaria y en concreto para los Entes Públicos dependientes, además de limitar su autonomía, tienen efectos negativos, porque, por la misma razón, “se ven convencidas” a que lo que procede es esto, lo que falla la Sala; con lo cual limita su capacidad de seleccionar a los mejores.

Hay que decir que algunas se convencieron antes con sus propios argumentos; unos, normativos y otros de orden administrativos. No obstante, podríamos

cuestionar si la imposición de tal “requisito negativo” por ciertas normas, reglamentarias o legales, llevaría a su inconstitucionalidad por ir contra las Bases estatutarias establecidas en el EBEP y en el EM, por aplicación del art. 149.1.18 CE¹³⁵.

En conclusión hemos de decir que nuestro sistema jurídico, el vigente, no juega con la lógica jurídica de la Sala 3ª, Sección 7ª, del TS. El Estado de las Autonomías derivado de la Constitución de 1978 no se estructura así; el anterior sí lo hacía y, tal vez, no debimos, a los efectos que aquí señalamos, perderlo con tanta intensidad y rapidez. Por ello, nuestra respuesta sería un “loable” deseo de poder apoyarla.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, REDA, núm.148, 2010.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: “El sistema Nacional de Salud como Sistema: Realidad y carencia”. Derecho y Salud, Vol, 15, núm. 1, 2007.
- ARIAS CRIADO, Bernabé: “El personal estatutario de los servicios de salud. Cuestiones diversas. Cuestiones polémicas”, Derecho sanitario: Noticias jurídica, 2011.
- BEATO ESPEJO, Manuel: “El Sistema Sanitario y Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad”, RAP, números. 119 y 120, 1989. “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, RAP núm. 131, 1993. “Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea, núm. 185, 2000.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís: “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: Fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 10, núm. 2, 2002.

¹³³ Como decíamos, el Tribunal monta su “teoría de la conversión”.

¹³⁴ Que casa la del TSJCL de 21.10.11 (Recurso 216/2011) referida a otro tipo de alternativa, el acceso libre y la promoción interna. El recurso de casación fue interpuesto por la recurrente en la primera instancia y es estimatorio frente al criterio del tribunal a quo.

¹³⁵ Véase lo dispuesto en la STC 99/1987, de 11 de junio, F.j. 3 a) y c) que fija la necesidad de “reserva de ley” en materia de Función Pública (art. 103.3 CE); STC 1/2003, de 16 de enero, F.j. 4; STC 8/2010, de 27 de abril, F.j. 3 y STC 215/2013 de 9 de diciembre, FF.jj. 2 y 3 (art. 23.2 CE). Ver notas 65 y 87.

- BUENDIA JIMÉNEZ, José Antonio: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005”, *Ius labor*, núm. 1, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La Ordenación de las profesiones sanitarias” en *La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. M. Pons y Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, 2004.
- GARCÍA NINET, José Ignacio: “Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.
- HERNÁNDEZ YAÑES, Juan F: “Políticas de personal en el Sistema Sanitario Público”, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- JIMÉNEZ ROMANO, Ramón: “La nueva ley de selección de personal estatutario”, Ponencia presentada en el IX Congreso Derecho y Salud: “Cambios en el Derecho Sanitario. ¿Respuesta adecuada?”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm. 1, 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.
- MURILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: “Ordenamiento jurídico actual: Habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.
- PRATS I CATALÁ, Joan: “La formación continuada de los profesionales sanitarios” en *La Ordenación de las profesiones sanitarias*, *Derecho y Salud*, V Congreso, 1996.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*. INAP. Madrid 2011.
- PÉREZ GÓMEZ, José M^a y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol, 13, 2005.
- SALA FRANCO, Tomás: “Las incógnitas del Estatuto Marco”, *Derecho y Salud*, Vol, 13, 2005.
- VILLAR ROJAS, Francisco José: “El Derecho Transitorio: de los viejos estatutos al nuevo estatuto”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.