

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942 35 71 24
Fax.: 942 35 71 35
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000265/2021**
NIG: 3907533320210000237
Resolución: Sentencia 000164/2022

Ponente: Clara Penín Alegre

Puede relacionarse telemáticamente con esta
Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	SINDICATO MEDICO DE CANTABRIA	SANDRA PEÑA ALVAREZ
Demandado	GOBIERNO DE CANTABRIA	

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

S E N T E N C I A n° 000164/2022

Ilmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armada

Ilmos. Sres. Magistrados

Doña Clara Penín Alegre

Don José Ignacio López Cárcamo

Doña María Esther Castanedo García

Doña Paz Hidalgo Bermejo

En la ciudad de Santander, a veintidós de abril de
dos mil veintidós.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el
recurso número **265/21**, interpuesto por el SINDICATO
MEDICO DE CANTABRIA, parte representada por la
Procuradora Sra. Doña Sandra Peña Álvarez y defendida por
la Letrada Sra. Doña María Soledad Alejandra Rodríguez
Ballve, siendo parte demandada el Gobierno de Cantabria,
representado y defendido por el Letrado de sus Servicios
Jurídicos.

La cuantía del recurso quedó fijada como indeterminada.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso figura que tuvo entrada en la Sala el día 2 de septiembre de 2021 impugnándose el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria adoptado en la reunión del 14 de enero de 2021, que autorizó el programa especial de vacunación contra la COVID-19 y de los actos posteriores que se deriven del mismo.

SEGUNDO: En su escrito de demanda, la parte actora interesa de la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la actuación combatida, por ser contraria al ordenamiento jurídico.

TERCERO: En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada solicita de la Sala la desestimación del recurso, por ser conforme a Derecho el acto administrativo que se impugna.

CUARTO: Practicados los trámites requeridos, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 13 de abril de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria adoptado en la reunión del 14 de enero de 2021, que autorizó el programa especial de vacunación contra la COVID-19 y de los actos posteriores que se deriven del mismo.

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

SEGUNDO: Afirma el Sindicato recurrente que el 19 de enero de 2021, la Secretaria de la Dirección Gerencia del Servicio Cántabro de Salud envió un correo electrónico a las organizaciones sindicales CCOO, CSIF, ATI, SATSE, UGT y SMC, adjuntando Resolución de la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 15 de enero de 2021 "por la que se determinan los importes individualizados del programa especial de vacunación contra la Covid-19 del personal de Instituciones Sanitarias del SCS", junto con una nota. El Sindicato contestó, también por correo electrónico el 20 de enero de 2021, manifestando que consideraba que las materias a las que se referían la nota y la Resolución debían ser objeto de negociación, afirmando desconocer la existencia del Acuerdo de Consejo de Gobierno en el que se apoyaba la Resolución de la Directora Gerente del SCS. Conocida su existente, el 23 de febrero de 2021, requirió nuevamente a la Directora Gerente del SCS copia del contenido íntegro del Acuerdo que finalmente se remitió el 2 de agosto de 2021.

con anterioridad al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de enero de 2021 aquí impugnado, esgrime que la remuneración de la actividad extraordinaria fuera de la jornada ordinaria había sido negociada en la Mesa Sectorial el 10 de abril de 2019, aprobado por el Consejo de Gobierno con fecha 17 de abril de 2019 y publicado en el BOC extraordinario núm.22, de 26 de abril de 2019 haciendo referencia a tres programas de prolongación de jornada, auto cobertura y absorción de demanda. Paralelamente, por Orden SAN/30/2019, de 24 de abril, se estableció el procedimiento para la implantación de la jornada de 35 horas del personal del SCS. El 21 de mayo de 2019 se acuerda desconvocar la huelga y mantener los tres programas de prolongación de jornada, auto cobertura y absorción de demanda cuyo contenido recoge en la demanda con los distintos complementos de productividad, incluyendo la referencia al programa especial para la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed024e9474b64555QEUnAA==

optimización del rendimiento quirúrgico. Sin embargo, a diferencia de los tres programas anteriores, no se convocó la mesa sectorial aun cuando tenían por objeto precisamente retribuir la actividad asistencial del personal, de carácter voluntario y fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Posteriormente, el SCS ha sometido a la mesa sectorial el complemento de productividad variable la actividad asistencial del personal, de carácter voluntario y fuera de la jornada ordinaria de trabajo: el "PROGRAMA ESPECIAL PARA LA COBERTURA EXTRAORDINARIA DE LA ATENCION A PACIENTES COVID-19 DEL SERVICIO CANTABRO DE SALUD" sobre el que realiza alegaciones sobre el personal que deja fuera.

Solicita por ello se declare la nulidad o, en su caso, la anulabilidad, del Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 14 de enero de 2021 y de los actos posteriores que deriven del mismo, dejándolos sin efecto.

Como argumentos jurídicos invoca, primero, vulneración del derecho fundamental de Libertad Sindical en su vertiente de derecho a la Negociación Colectiva con base en los artículos 28.1 CE, art. 2.2.d), art. 8.2 b) de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, art. 18 b) y d), art. 80.2 a), e), i) y k) Ley 55/2003 del Estatuto Marco, arts. 92 y 93 Ley de Cantabria 9/2010 y art. 37.1 b) y m) y art. 38 Real Decreto Legislativo 5/2015. El objeto del programa especial de vacunación contra la COVID-19 autorizado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno es retribuir la actividad asistencial extraordinaria del personal, fuera de la jornada ordinaria, que -como hemos detallado en el relato de hechos- se viene articulando por el SCS a través del complemento de productividad variable, recogiendo la regulación contenida en el art. 61 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed024e9474b64555QEUnAA==

Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y 26 de la Ley 11/2020 de Presupuestos.

Por el carácter retributivo de la actividad extraordinaria, voluntaria y fuera de la jornada laboral pero también indirectamente, sobre la jornada en cómputo anual, siendo exigible en virtud del art. 33.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público la negociación colectiva en relación con el art. 37.b) y m), que somete a negociación colectiva las retribuciones complementarias, el calendario, horario y jornadas.

Segundo, vulneración del derecho de igualdad, respecto al procedimiento y criterios previamente establecidos en otros programas, y arbitrariedad en la retribución establecida. diferente procedimiento y criterio, parámetro o valor/hora utilizado para la retribución de la actividad asistencial extraordinaria respecto de otros programas.

Tercero, vulneración del derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

TERCERO: Contesta el Gobierno de Cantabria afirmando que el 14 de enero de 2021 el Consejo de Gobierno autorizó el programa impugnado del personal de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, individualizando las cuantías la Directora Gerente de este servicio el día 15, remitiendo el 19 a las organizaciones sindicales dicha resolución.

Sostiene que no se trata de un acuerdo dictado al amparo de la normativa sanitaria para hacer frente a la pandemia, sino dictado al amparo del artículo 3 del RDL 29/2020, de 29-9, 61 de la Ley 6/2010 y 26 de la Ley 11/2020, autorizando el programa a propuesta de la Directora Gerente del SCS.

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

Respecto de la necesidad de negociación colectiva, alega no lo precisa al ser un acto de ejecución de medida sanitaria, poniendo su preámbulo de manifiesto esta naturaleza, en materia de recursos humanos y tendente a la contención del virus. Su finalidad es inmunizar al mayor número de personas en el plazo más corto, autorizando al personal de distintas categorías estatutarias una actividad extraordinaria fuera del horario de jornada, retribuido mediante el complemento de productividad variable y de carácter puntual. Al ser una medida sanitaria estaría, fuera del ámbito del artículo 37 EBEP, encontrando la habilitación en el RDL 29/2020 limitándose a cumplir la normativa presupuestaria. Son las circunstancias de pandemia las que llevan a la aprobación de los programas especiales previstos en la ley. Y finalmente, no es potestad de organización sino decisión adoptada por las consideraciones sanitarias, citando la STS de 30-3-2015 sobre negociación colectiva, sin que pueda condicionar la adopción de medidas en materia de salud pública, existiendo precedentes en este sentido.

Además, por su carácter extraordinario y puntual, no modifica las condiciones de trabajo. La definición de modificación sustancial de las condiciones de trabajo la otorga la STS de 12 de septiembre de 2016 (recurso 246/15) y STSJ (Sala de lo Social) de la Comunidad de Madrid 688/2020, de 25 de junio.

En cuanto al segundo motivo, estima no se daría vulneración del derecho de igualdad al tratarse de situaciones desiguales aquéllos con los que se compara, ni por la crisis, ni por la actividad, siendo incompatible con los programas de prolongación de jornadas y de absorción de la demanda. Tampoco es equiparable al programa de cobertura extraordinaria de la atención a pacientes Covid-19, justificándose los motivos del precio/hora fijados.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Y respecto del tercero motivo, considera que nada se afirma ni prueba sobre la posible vulneración de la normativa en materia de seguridad y salud.

CUARTO: Es un hecho no negado que el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria adoptado en la reunión del 14 de enero de 2021, que autorizó el programa especial de vacunación contra la COVID-19, no contó con el trámite de negociación colectiva, sin que la Administración demandada niegue expresamente su obstinada reticencia a remitir el acuerdo del Consejo de Gobierno no publicado.

Trata de amparar esta falta de negociación en el hecho de ser ejecución de una medida sanitaria amparada por el artículo 3 del Real Decreto ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Conforme a dicho precepto:

«1. De forma excepcional y transitoria, la comunidad autónoma correspondiente podrá destinar al personal estatutario de enfermería y médico facultativo especialista de área de cualquier especialidad, dentro de su centro hospitalario, a unidades asistenciales de otra especialidad distinta de la suya cuando el número de profesionales de dichas unidades no sea suficiente, como consecuencia de la pandemia por COVID-19, para la atención de los pacientes de dichas áreas y siempre que quede garantizada la asistencia sanitaria de sus unidades asistenciales de origen.

2. Igualmente, cada comunidad autónoma podrá acordar que el personal de enfermería y médico especialista estatutario que preste servicios en centros hospitalarios pase a prestar servicios en los centros de atención primaria de su área de influencia para realizar las funciones propias del personal médico de atención primaria, de forma excepcional y transitoria, por insuficiencia de personal médico de atención primaria, como consecuencia de la pandemia por COVID-19, siempre que quede garantizada la atención sanitaria en sus unidades de origen.

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907533000-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

3. La comunidad autónoma correspondiente también podrá destinar al personal estatutario de la categoría de enfermería, médico/a o pediatra de atención primaria, de forma excepcional y transitoria, a prestar servicios en sus hospitales de referencia o a hospitales de campaña, si las necesidades motivadas por la pandemia por COVID-19 así lo demandan, siempre que quede garantizada la asistencia sanitaria en su centro de salud de origen.

4. Asimismo, cada comunidad autónoma podrá destinar al personal funcionario autonómico de los cuerpos o categorías para los que se exigiera para su ingreso el título de Licenciatura, Grado o Diplomatura en Medicina o Enfermería, de forma excepcional y transitoria y de manera motivada por la insuficiencia de personal médico o de enfermería a causa de la pandemia por COVID-19, a cualquier dispositivo asistencial del Sistema Nacional de Salud, dentro de su provincia de destino.

5. Asimismo, cada comunidad autónoma podrá destinar al personal enfermero o médico laboral que preste servicios en centros, servicios, instituciones o establecimientos sanitarios de carácter público, de forma excepcional y transitoria, a causa de la insuficiencia de personal médico provocada por la pandemia por COVID-19, a cualquier dispositivo asistencial del Sistema Nacional de Salud, dentro de su provincia de destino.

6. La adscripción del personal enumerado en los párrafos 1 a 5 a las unidades con deficiencia en materia de recursos humanos se mantendrá en tanto subsista la insuficiencia de personal médico en las mismas y, como máximo, durante la vigencia de este artículo, de acuerdo con la disposición final cuarta.

7. El personal afectado tendrá derecho a las indemnizaciones por razón de servicio que fije la normativa vigente, cuando corresponda.

8. En el ámbito de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, corresponderá a la administración sanitaria competente la realización de las adscripciones a las que se refieren los apartados 1 a 5, a las que también les será de aplicación lo previsto en los apartados 6 y 7 de este artículo»

Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria regula en su artículo 61 las retribuciones complementarias, que pueden ser fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad,

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, considerando como tales el complemento de destino, el específico, el de productividad, el de atención continuada, el complemento de carrera profesional, el complemento de investigación, y el complemento de coordinación de centro de atención primaria. Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Cantabria 11/2020 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2021, también tiene como objeto las retribuciones del personal al servicio de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. En concreto y en su número cinco establece respecto del complemento de productividad:

«Cinco. La cuantía individual del complemento de productividad se determinará conforme a los criterios señalados en el artículo 2. Tres. c) y la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, y en las demás normas dictadas en su desarrollo.

Durante el año 2021 no se percibirá el complemento de productividad variable por el cumplimiento de objetivos derivados del contrato de gestión.

Corresponde al Consejo de Gobierno la autorización de nuevos programas cuya participación resulte susceptible de ser retribuida a través de este complemento, así como la autorización de la cuantía máxima global a percibir por tal concepto. El Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud procederá a la determinación individualizada del importe concreto a percibir en atención al especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, o a la participación en programas o actuaciones concretas. Sólo podrán tramitarse aquellos expedientes de abono del complemento de productividad variable que se consideren imprescindibles para el normal funcionamiento de los centros».

QUINTO: Como puede apreciarse, ninguno de los preceptos invocados de contrario exime del cumplimiento del derecho a la negociación colectiva.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El artículo 33.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece que:

«La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c), 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y lo previsto en este capítulo».

Y, en ese marco de la negociación colectiva, el art. 37.1 del EBEP dispone que *«serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:*

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

(...)

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos».

El resto de preceptos invocados por el Sindicato médico contemplan de igual manera la necesidad de negociación colectiva de esta materia. Como se recordó en la sentencia de esta Sala de 21 de abril del 2021 (rec. 269/2020), además de la mención a EBEP, *«hay que recordar que la libertad sindical implica, entre otros derechos y facultades, la acción sindical, y, dentro de esta, el derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo, también en el ámbito del empleo público. Es definitiva al respecto la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Su art. 2 dispone:*

"1. La libertad sindical comprende: (...)

d) El derecho a la actividad sindical.

2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: (...)

Firmado por:

Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907533000-ee1e7a9b4f01608fed024e9474b64555QEUnAA==

d) *El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva...*"

Como en aquél supuesto, la Administración demandada mantiene de que no ha habido vulneración de la libertad sindical y funda su tesis en que se trata de un acuerdo adoptado al amparo de la normativa sanitaria para la contención de la pandemia y que al estar amparada por el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, no requiere de previa negociación colectiva. Además, se trataría de la ejecución de una medida sanitaria excepcional y transitorio. Sin embargo, otros programas igualmente excepcionales y transitorios fueron objeto de negociación en diciembre de 2020, lo mismo que meses más tarde, como se acredita por la documental de la parte actora. Es decir, el comportamiento de la propia Administración desmiente el argumento de la no sumisión a negociación colectiva de este tipo de programas excepcionales y transitorios en materia de sanidad que, principalmente, afectan a la remuneración de los profesionales destinatarios.

El objeto del programa de vacunación impugnado afecta, de un lado, a las retribuciones complementarias y, al aludir a la jornada de trabajo, indirectamente a esta última. Aun cuando con carácter transitorio, afecta a las condiciones de trabajo (al menos, durante el año de su vigencia ya finalizada) y, por tanto, deberían haber sido objeto de al artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público 5/2015. El principio de coherencia y de confianza legítima obliga a la Administración a negociar todos los programas que excepcionalmente se acordaron durante la pandemia, sin que exista razón para que uno de ellos se sustraiga a este requisito sin más invocación que una norma estatal no prevista para el supuesto concreto.

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Notificado el contenido del programa, y ante la manifestación del sindicato sobre la necesidad de negociación requiriendo la notificación del acuerdo de Consejo de Gobierno que lo aprobaba, resulta llamativo que la Administración deje transcurrir meses sin hacerlo hasta que, con el nuevo programa que sí se somete a negociación, lo remita. Ciertamente es que el contenido sustancial del programa se conocía por esa comunicación llevada a cabo en enero. Pero sorprende la desatención al sindicato ante el requerimiento del mero acuerdo que lo aprobaba.

SEXTO: Como en el anterior asunto abordado por la Sala, la otra línea argumental sustentadora de la afirmación de que la negociación colectiva previa no era necesaria se centra en la naturaleza sanitaria de la medida que se ejecuta. Viene a sostener la Administración que, por esa naturaleza y por su carácter urgente, no puede estar condicionada a la negociación colectiva. Y en este caso invoca el artículo 3 del RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 anteriormente transcrito. Ciertamente que este precepto ampara una movilidad excepcional y temporal entre centros, unidades, etc, a cualquier dispositivo asistencial del Sistema Nacional de Salud, dentro de su provincia de destino, en definitiva. Pero éste no es el caso. Además, para esta movilidad excepcional y transitoria se prevé una específica remuneración basada en indemnizaciones por razón del servicio. En nuestro caso, se aparta de esta remuneración y se fija unilateralmente por la Administración vía complemento de productividad variable. Pero el artículo 37.1.b) del Estatuto Básico del Empleado Público deja

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castañedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907533000-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

claro que las retribuciones complementarias deben ser objeto de negociación colectiva.

Aun cuando sea consecuencia de la crisis sanitaria, el complemento fijado para el programa supone una medida de organización de la actividad sanitaria que persigue atender a una determinada situación de riesgo de salud pública en general. Pero en este caso no se trata de medidas urgentes para paliar este riesgo sino, como el propio programa indica, para retribuir la actuación de los profesionales en la actividad de vacunación que se iba a desarrollar a lo largo del año de vigencia de aquél. Como se dijo en la anterior sentencia:

«Para hacer frente a esos riesgos, las normas citadas (en, algunos casos,

con la cobertura del Estado de Alarma -no en el presente-) permiten a las

Administraciones tomar medidas de muy variado carácter y en distintos sectores del Ordenamiento. Esas normas, en razón de su fin y de la urgencia de la respuesta al riesgo, no solo permiten restringir derechos, incluso de rango constitucional, sino, también, omitir los procedimientos que la ley prevé para la adopción de los actos y los reglamentos, incluso los tramites o actuaciones, que, como la negociación colectiva, son expresión de derechos o libertades fundamentales.

Pero, precisamente porque esas restricciones y esas excepciones se

justifican en la necesidad de atender a un riesgo para un valor superior (la salud pública), sólo son válidas si la medida adoptada responde a ese fin superior y lo hace en términos de adecuación necesidad y proporcionalidad, parámetros que son una constante en la normas citadas;

así el art. 28 de la Ley 14/1986 y el art. 27.3 de la Ley 33/2011, ello amén de que el principio de proporcionalidad es parámetro general de la limitaciones de los derechos fundamentales.

Consecuentemente, el sacrificio de la libertad sindical que implica la omisión de la negociación colectiva para tomar una medida como la de referencia, tiene que estar justificado. Justificado, no solo en la mera

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

mención del fin de salud pública perseguido por la medida, sino en su adecuación a dicho fin, en su necesidad al respecto y en su proporcionalidad en consideración al bien o derecho que sacrifica o limita.

No es suficiente para entender que el derecho a la negociación sindical no ha sido vulnerado con un análisis "ex ante" fundado en el amparo legal

formal de la medida y la enunciación de un fin de salud pública. Es preciso

un examen de la concurrencia de las razones jurídicas que justifican la excepción de la negociación colectiva; esto es: que realmente el fin de seguridad pública se corresponde con la realidad, y que la medida es adecuada, necesaria y proporcionada a ese fin. Si no es así, amén de vulnerar la medida sus presupuestos legales, quedaría sin justificación la excepción de la libertad sindical, por lo que ésta sería vulnerada.

En definitiva, la cuestión de la justificación de la medida impugnada es presupuesto de la justificación de la excepción de la negociación colectiva y, por ello, es cuestión incluida en la valoración jurídica sobre la lesión o no de la libertad sindical (...) Por lo demás, la parte demandada no alega nada nuevo ni aporta pruebas sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad, en relación con la lucha contra la pandemia, sobre la omisión de negociación para fijar complementos retributivos (...)».

Nada se justifica más allá a una alusión genérica a la situación epidemiológica y a los beneficios de una vacunación intensiva. Pero durante la pandemia, programas y actuaciones tendentes al mismo fin fueron objeto de negociación (días antes lo estaban siendo objeto de negociación diversas cuestiones), y posteriormente se siguieron sometiendo otros programas, en el marco de la misma pandemia, a la Mesa Sectorial. No llega a entenderse la razón por la que en este concreto y específico caso se extrae de la exigencia legal con repercusiones constitucionales. Como se dijo en la sentencia dictada en el procedimiento 269/20, de 21 de abril de 2021,

«Si aceptásemos como suficiente ese tipo de justificación, abstracta y de indefinidos límites, cualquier medida que tuviera una minia conexión, aun abstracta, neblinosa o evanescente con la pandemia, sería aceptable; lo que, no es mucho arriesgar, decir que conllevaría un grave e inusitado peligro para la regularidad del estado de derecho y la percepción colectiva de la seguridad jurídica (...)».

En este caso y a diferencia del que ha servido de referencia, siquiera ha habido transmisión de información previa a los sindicatos antes de la toma de la medida cuando, por lo demás, el ánimo existente en los profesionales fue el de colaboración en esta actividad. Por todo lo expuesto, concluimos que el acto impugnado vulnera el derecho a la negociación colectiva, que es contenido de la libertad sindical proclamada en el art, 28 de le CE; lo que determina la invalidez del programa impugnado.

SÉPTIMO: No obstante, la declaración de nulidad de un programa finalizado y que ya ha desplegado sus efectos (prestación y remuneración por ésta), no puede llegar más allá de constatar la vulneración del derecho a la negociación colectiva. La indefinición de la pretensión referida a actos posteriores consecuencia de este programa lleva a considerar no es una verdadera pretensión sino más bien una cláusula de estilo, máxime cuanto afectaría a terceros no traídos al proceso y sobre cuyos intereses el Sindicato carecería de legitimación (ver en este sentido STS, Sala 3ª, Secc. 4ª, 02 de junio de 2016 (rec. 2812/2014) y STC 358/2006, de 18 de diciembre. Como dice la sentencia del TC 1849/1996, de 11 de junio «la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer». Además, supondría una ventaja injusta para la Administración incumplidora, que se beneficiaría de las prestaciones llevadas a cabo

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Clara Penin Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Fecha: 02/05/2022 11:46

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEUnAA==

generando a su favor un enriquecimiento injusto incompatible con la pretensión principal ejercitada.

OCTAVO: De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al resolver en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

F A L L A M O S

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el SINDICATO MEDICO DE CANTABRIA, parte representada por la Procuradora Sra. Doña Sandra Peña Álvarez contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria adoptado en la reunión del 14 de enero de 2021, que autorizó el programa especial de vacunación contra la COVID-19 y de los actos posteriores que se deriven del mismo. Resolución que se anula por falta de negociación colectiva sin que dicha declaración conlleve más efectos dado que el programa ya ha desplegado todos sus efectos. Todo ello con imposición de costas a la Administración.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de esta, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

Firmado por:
Clara Penín Alegre,
Paz Hidalgo Bermejo,
Esther Castanedo García,
José Ignacio López Cárcamo,
Rafael Losada Armada

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 390753300-ee1e7a9b4f01608fed02de9474b64555QEunAA==

Fecha: 02/05/2022 11:46