



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
T.S.J. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA BARCELONA

RECURSO : 387/2006 SECCION: ADMISION

Parte actora: SINDICATO METGES DE CATALUNYA.

Representante de la parte actora: M^a TERESA VIDAL FARRE

Parte demandada: INSTITUT CATALA DE LA SALUT Y DEPARTAMENT DE SALUT

Representante de la parte demanda: JORDI FONTQUERNI BAS

AUTO

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

Magistrados:

D^a MARIA LUISA PÉREZ BORRAT

D. FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

D^a MARIA ABELLEIRA RODRÍGUEZ



29 MAIG 2006

En Barcelona , a veinticuatro de mayo de dos mil seis

Dada cuenta;

HECHOS

PRIMERO: Ante esta Sala se sigue recurso contencioso administrativo número 387/2006 contra INSTITUT CATALA DE LA SALUT, DEPARTAMENT DE SALUT, en relación al DECRET 31/06, DE 28 DE FEBRERO, POR EL QUE "SE DETERMINA LA INTEGRACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO DEL ICS QUE PERCIBE SUS HABERES POR EL SISTEMA DE CUPO Y ZONA EN EL SISTEMA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, DE DEDICACIÓN Y DE RETRIBUCIONES QUE SE ESTABLECEN EN LA LEY DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE LA SALUD"

SEGUNDO: La representación procesal del actor, solicitó la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado , y formada, con los particulares necesarios, la presente pleza separada, se dió traslado de la misma al Letrado de la Generalidad, quien se opuso a la suspensión interesada .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Se impugna en este recurso el Decret 31/06, de 28 de febrero, por el que se determina la integración del personal estatutario del Institut Català de la Salut que percibe sus haberes por el sistema de cupo y zona en el Sistema de Prestación de Servicios, de dedicación y de retribuciones que se establecen en la Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, publicado en el DOGC de 2 de marzo de 2006, que entró en vigor al día siguiente a su publicación, es decir, el 3 de marzo, disposición general cuya suspensión se solicita.

SEGUNDO.- La tradicional doctrina de las medidas cautelares se articula sobre los dos requisitos del "fumus bonus iuris" y "periculum in mora", doctrina ésta que se ha seguido tradicionalmente por el Tribunal Supremo, así como en la tradición europea y continental, conjugando ambos requisitos en forma desigual a lo largo de la evolución jurisprudencial.

Así, la prevalencia del "fumus" se evidencia en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, caso *Factorfame*, en la conocida expresión "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que la tiene", doctrina ésta que fue recogida por el Tribunal Supremo en los autos de 20 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1991.

La prevalencia del "fumus" fue atenuándose para armonizarla con el otro requisito, el "periculum", en tanto que la suspensión es la excepción a la ejecutividad, y la causa de la excepción ha de ser precisamente el "periculum" o, en expresión del art. 122.1 de la derogada LJCA de 1956, el que se deriven "perjuicios de difícil o imposible reparación".

La matización del "fumus" en orden a la adopción de las medidas cautelares alcanza mayor extensión en la nueva Ley 29/1998, en cuyo trámite parlamentario se prescindió de la expresión que figuraba en el Proyecto de Ley sobre el examen por el órgano jurisdiccional sobre las "dudas de legalidad" de la actuación administrativa.

No obstante la pervivencia en el art. 130 de la vigente LRJCA de la expresión "finalidad legítima del recurso", hace subsistir la trascendencia tradicional del "fumus" en la adopción de las medidas cautelares, si bien matizada, lo que nos lleva a concluir que el juicio sobre la apariencia del buen derecho ha de revestir un carácter de mínimo, asentado sobre la base razonable de la pretensión, no un carácter de máximo, es decir, sobre el probable éxito de la acción ejercitada.

Pero, con carácter previo, ha de valorarse el "periculum", verdadero fundamento de la medida cautelar, dirigida esencialmente a asegurar la eficacia real del pronunciamiento que pudiera recaer sobre el proceso.

TERCERO.- Entrando en el análisis del "periculum", entendemos que la argumentación de la parte recurrente pone de manifiesto que de la aplicación de la disposición impugnada pueden derivarse perjuicios de difícil reparación, por lo que se aprecia la concurrencia de ese peligro jurídico para el derecho que se invoca.



Privativamente, al Decreto de integración impugnado se van siguiendo una sucesión de actos tendentes a organizar los servicios sanitarios por los que el personal afectado por dicha disposición general va a integrarse a determinados puestos de trabajo que modificarán sustancialmente el régimen en que venían prestando los servicios. Así, el Decreto supone la imposición de una jornada de 7 horas y media en ambulatorio cuando la jornada actual de trabajo de los demandantes consistía en 2 horas y media de presencia física en ambulatorio y el resto de la jornada estaba dedicada a la asistencia domiciliaria en función de las peticiones de asistencia domiciliarias recibidas. La aplicación del Decreto comportará también efectos retributivos en tanto que pasarán a percibir una retribución fija, en perjuicio de la actual por coeficiente en función del cupo o cupos de beneficiarios de la Seguridad Social que tienen asignados, experimentando una disminución en su evolución salarial.

El especial régimen horario (reducido) vigente hasta la entrada en vigor del Decreto ha permitido a los demandantes desarrollar otras actividades complementarias, perfectamente legales, al desempeño de sus funciones, según su propio régimen en cuanto personal de cupo y zona (principalmente, el desempeño de dichas funciones en Centros Sanitarios y Asistenciales Públicos y Privados). El Decreto incide negativamente sobre ello, al hacerlas inviables por el nuevo sistema de dedicación.

En definitiva se avanza en el proceso de configuración de los servicios sanitarios con cierta agilidad, de modo que el nuevo régimen jurídico modificará sustancialmente la prestación de los servicios, lo cual además, les producirá un perjuicio, puesto que han programado su vida profesional, personal y familiar de conformidad al régimen de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que les ha sido y les es propio y que entienden aún les viene reconocido en el Estatuto Marco. Por lo demás, la petición de suspensión no perjudica al interés general, pues la asistencia sanitaria no se perjudica con la suspensión, pues como se verá la previsión del Estatuto Marco es que la integración sea facultativa para el personal estatutario comprendido en su disposición transitoria tercera .

CUARTO.- La concurrencia del "periculum" nos lleva al análisis del "fumus", a lo que ha de indicarse que entendemos superado ese juicio mínimo de apariencia de buen derecho, por lo que debemos proceder seguidamente a la ponderación de todos los intereses en conflicto.

Por una parte, tenemos el interés público de reestructurar los servicios sanitarios conforme a los nuevos criterios del Estatuto Marco y, por otra parte, el interés privado concurrente de las personas afectadas por el Decreto, a las que también se les produciría un perjuicio evidente de no suspenderse el acuerdo de integración.

Ello nos ha de llevar a examinar, dentro del limitado margen de apreciación que se permite en esta fase de medidas cautelares, es decir, sin prejuzgar el fondo del asunto, el respeto del principio de jerarquía normativa, en cuanto los artículos 2 a 7 y las Disposiciones adicionales (primera a cuarta), las disposiciones transitorias (primera y segunda), la disposición derogatoria y la disposición final, imponen una integración forzosa del personal de cupo y de zona en el sistema de prestación de servicios de dedicación y retribuciones del personal en el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de salud, la cual contraviene lo establecido en



Estatuto Marco, en el que la integración citada es facultativa para el personal afectado.

La Disposición Transitoria Tercera del Estatuto Marco establece: "Personal de Cupo y Zona. En la forma, plazo y condiciones que en cada servicio de salud, en su caso, se determine, el personal que percibe haberes por el sistema de cupo y zona se podrá integrar en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que se establece en esta Ley" (Ley 55/2003, de 16 de diciembre).

De esta disposición, que tiene carácter básico, se desprende, por un lado, que cada Servicio de Salud podrá establecer diferentes sistemas de integración para el personal de cupo y zona, y, por otro, que no se impone a los Servicios de Salud el deber de regular el sistema de integración, toda vez que la expresión "en su caso", comporta que cada Comunidad Autónoma decidirá lo que estime oportuno y, finalmente, que la integración del personal de cupo y zona es voluntaria.

Por lo demás, la Disposición Transitoria 6ª del Estatuto Marco, en su apartado 1.b) establece que "se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las Disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la Disposición Derogatoria Única 1.e), f) y g)".

Aun cuando la Administración viene a sostener que la integración es obligatoria para el personal estatutario afectado (y solo sería facultativa hasta que las Comunidades Autónomas competentes no aprobaran su propio régimen), este Tribunal no puede compartir dicha interpretación, puesto que si es facultativa para el personal que percibe haberes por el sistema de cupo y zona, el cual "se podrá" integrar en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que se establece en el Estatuto Marco. Así se desprende claramente del sentido literal, sistemático y teleológico de la norma. En consecuencia, esta divergente interpretación ha de llevar a la conclusión de que la apariencia de buen derecho debe inclinar la ponderación en favor de la tutela cautelar de los demandantes, aunque, como hemos dicho, esta apreciación se efectúe en el limitado ámbito de conocimiento que permite el examen de las medidas cautelares.

QUINTO: El art. 129 de la LRJCA reconoce el derecho a la tutela cautelar, permitiendo a los interesados solicitar la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, si bien con el requisito formal, cuando se trate de una disposición general, de que la petición se efectúe, bien en el escrito de interposición, bien en el de demanda.

En este caso, atendido el razonamiento anterior, entendemos que la tutela cautelar ha de concederse puesto que la aplicación del Decreto puede hacer perder al recurso su finalidad legítima, solución a la que se llega tras un examen de los presupuestos establecidos en la Ley y de una ponderación circunstanciada de todos los intereses en juego.

VISTOS los artículos invocados y demás de general aplicación.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Suspender la aplicación del artículo 6 y de la Disposición Adicional Cuarta del Decreto 31/06, de 28 de febrero, por el que se determina la integración del personal estatutario del Institut Català de la Salut que percibe sus haberes por el sistema de cupo y zona en el Sistema de Prestación de Servicios, de dedicación y de retribuciones que se establecen en la Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, publicado en el DOGC de 2 de marzo de 2006.

Una vez firme la presente resolución librese oficio a la Administración demandada a fin de que cuide de la ejecución de lo aquí acordado.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de súplica ante esta misma Sección en el plazo de cinco días a partir de su notificación.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal.
Doy fé.



29 MAIG 2006