



Roj: **STS 3621/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3621**

Id Cendoj: **28079130042021100322**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/10/2021**

Nº de Recurso: **351/2020**

Nº de Resolución: **1203/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3296/2019,**
ATS 2191/2021,
STS 3621/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.203/2021

Fecha de sentencia: 04/10/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 351/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2021

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

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 351/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1203/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 4 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-351/2020, interpuesto por el procurador don Sergio Royuela Baniandrés en nombre y representación de doña María Inmaculada, bajo la dirección letrada de don José Ignacio Juárez Chicote, contra la sentencia 723/2019, de fecha 14 de octubre de 2019 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la Resolución de 15 de junio de 2018, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por la recurrente frente a la valoración definitiva de méritos y calificación final del proceso selectivo de acceso a plaza de Facultativo Especialista de Área de Neurología, convocado por resolución de 15 de marzo de 2017 (BOPA 27 de marzo de 2017).

Ha sido parte recurrida el Servicio de Salud del Principado de Asturias, representado y defendido por la Letrada del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el procedimiento contencioso-administrativo número 118/2019, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia el 14 de octubre de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora de los Tribunales D^a María Ángeles Fuertes Pérez en nombre y representación de D^a María Inmaculada contra la Resolución de fecha 15 de junio de 2018 del Servicio de Salud del principado de Asturias SESPA, estando representada la Administración demandada, Servicio de Salud del Principado de Asturias SESPA, por el Letrado de sus Servicios Jurídicos resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho con expresa imposición de costas a la parte actora con el límite fijado en el último fundamento de Derecho."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de doña María Inmaculada, recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado mediante auto de 4 de diciembre de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 11 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" **Primero.**- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por D.^a María Inmaculada contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de octubre de 2019 dictada en el procedimiento ordinario núm. 118/2019.

Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si vulnera el derecho a la igualdad y a la **libertad de circulación de personas**, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza como mérito evaluable en un proceso selectivo.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, los artículos 4.b), 29.1.a) y 30.1, 5.a) y f) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y los artículos 7.a), 9 y 16 del Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación de Suiza, por otra, de 21 junio 1999.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 LJCA).



Cuarto.- Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2021, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Sergio Royuela Baniandrés, en representación de doña María Inmaculada, por escrito de fecha 13 de abril de 2020, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"dicte Sentencia que:

a) Estime el recurso; y

b) Declare que las restricciones establecidas en el Anexo II y aplicadas a la no valoración de los méritos profesionales, formativos y de investigación adquiridos durante su estancia profesional en Suiza (CHUV de Lausanne) por Dña. María Inmaculada, son contrarias a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como al Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad europea y sus estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999 y normativa vinculada; y en consecuencia.

c) Case, anule y deje sin efecto la Sentencia TSJ Asturias de 14 de octubre de 2019, dictada en el procedimiento ordinario nº 118/2019, declarando la necesidad de reponer los derechos indebidamente alterados con los pronunciamientos indicados en el suplico de la demanda formalizada en la instancia."

QUINTO.- Por providencia de 21 de abril de 2021, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada del Servicio de Salud del Principado de Asturias en escrito de 1 de junio de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas terminó suplicando: "dicte sentencia confirmando en todos sus extremos la Sentencia de instancia e imponiendo a la recurrente las costas del presente proceso."

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 15 de junio de 2021, se señala este recurso para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designa Magistrada Ponente a la Excma. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La representación procesal de doña María Inmaculada interpone recurso de casación 351/2020 contra la sentencia desestimatoria dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 14 de octubre de 2019, en el recurso núm. 118/2019 deducido por aquella contra la resolución de 15 de junio de 2018, del Servicio de Salud del Principado de Asturias que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la valoración definitiva de méritos y calificación final del proceso selectivo de acceso a plaza de Facultativo Especialista de Área de Neurología, convocado por resolución de 15 de marzo de 2017 (BOPA 27 de marzo de 2017).

Identifica la sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ AS 3296/2019 - ECLI:ES: TSJAS: 2019:3296) el acto impugnado en su PRIMER fundamento al tiempo que recoge la argumentación esencial de la demandante.

En el SEGUNDO señala que no se impugnaron las bases de la convocatoria, en especial, el Anexo II.

Añade que los servicios prestados en Suiza no son valorables porque no forma parte de la Unión Europea, ni del Espacio Económico Europeo. Declara que el Tribunal no puede apartarse de las bases de la convocatoria para no vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En el TERCERO y en el CUARTO deniega otras valoraciones que no conciernen a la cuestión sometida a interés casacional.

SEGUNDO.- *La cuestión sometida a interés casacional en el ATS de 11 de febrero de 2021 .*

Precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si vulnera el derecho a la igualdad y a la **libertad de circulación de personas**, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza como mérito evaluable en un proceso selectivo.



Identifica como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, los artículos 4.b), 29.1.a) y 30.1, 5.a) y f) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y los artículos 7.a), 9 y 16 del Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación de Suiza, por otra, de 21 junio 1999.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (artículo 90.4 de la LJCA).

TERCERO. El recurso de la representación procesal de doña María Inmaculada .

Pone de relieve que la estancia en Suiza vino propiciada por un programa de investigación avalado por el Instituto de Salud Carlos III (institución pública española) así como que diferentes Servicios de Salud y el propio Ministerio de Sanidad contemplan la situación profesional suiza como asimilable a la de la Unión Europea, citando así la Orden SSI 876/2017, de 12 de septiembre de convocatoria de pruebas selectivas 2017 para el acceso en 2018, en atención al Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación de Suiza, por otra, de 21 junio 1999 (artículos 7 a), 9 y 16).

Recalca que se han vulnerado los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, los artículos 4.b), 29.1.a) y 30.1, 5.a) y f) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y el artículo 68.1 y 2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Entiende que la sentencia recurrida se limita a confrontar la actuación administrativa con las bases, obviando el análisis sustantivo de éstas (hasta tal punto que, para la Sala a quo no existe el Acuerdo de libre **circulación** de 1999 que vincula a Suiza con la UE/España). Afirmar -como hace- que el SESPA no vulneró el principio de igualdad porque dio a todos los concursantes el tratamiento previsto en las bases -que es el único tratamiento que podía dar-, resulta formalista, reduccionista y voluntarista olvidando que la exclusión del mérito suizo es precisamente la causa de la discriminación y quiebra de la igualdad. Son las bases de la convocatoria las que vulneran el principio de igualdad al impedir la valoración adecuada de los méritos de candidatos que cumplen los requisitos de participación.

Reputa esencial que la Administración no puede excluir la valoración de la experiencia profesional, la formación e investigación realizada en Suiza por un nacional, pues así lo imponen los tratados internacionales que conforman el contexto jurídico de las relaciones UE-Suiza-España.

El alcance del tratamiento diferencial es manifiesto: matemáticamente, un candidato que no haya desarrollado su labor profesional en Asturias, puede perder hasta 55 puntos en la fase de concurso, más los no apreciables en cuanto a formación e investigación, aunque cuente con una experiencia de años en la red sanitaria de otro país (Suiza, en el presente caso, vinculada jurídicamente con la UE/España) a pesar de tener reconocido el derecho a la libre **circulación**, sin que en ningún caso se justifique tal discriminación por algún motivo de los permitidos por la normativa española y sin que tal experiencia sea aprovechada por la sanidad asturiana/española. Esta exclusión formal infringe en sí misma el ordenamiento jurídico por cuanto para Suiza se reconocen los mismos derechos - igualdad- que para los países UE/EEE en estos aspectos. Dicho de otra forma: el mérito suizo merece el mismo tratamiento y valoración que el mérito español o el mérito en el ámbito de la UE.

Aduce que la sentencia recurrida olvida que constitucionalmente no sólo se exige la igualdad en la Ley, sino también en la aplicación de ésta, que no se puede obviar ni en la redacción de las bases de la convocatoria ni, posteriormente, en el desarrollo del procedimiento de acceso a la Administración.

Entiende que la no consideración de los méritos obtenidos en Suiza, con tratado de libre **circulación**, no queda justificada por ningún motivo. Si las bases aceptan la formación universitaria o el título que allí se concede para ejercer la medicina y la especialidad, ningún sentido tiene que se prive de ello al ejercicio o experiencia profesional o que en la baremación no se permita considerar la certificación de instituciones hospitalarias y de docencia profesional oficiales en aquel sistema, sin dejar margen al tribunal calificador de evaluar la suficiencia de tales instituciones para formar profesionalmente a los candidatos y competir, en igualdad de condiciones, con los demás candidatos formados en países UE/EEE.

También entiende que la sentencia infringe los artículos 30.5. a) y f) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, el artículo 57 EBEP y los artículos 2, 7.a), 9 y 16 del Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y la Confederación Suiza de 21 de junio de 1999.



Defiende que la Ley 55/2003 obliga a que las convocatorias garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y competencia y permite concursar a todos aquellos con derecho de libre **circulación**, obligando a que los méritos a acreditar se centren en la cualificación técnica de los aspirantes, sin hacer diferencias entre la experiencia nacional y aquellas otras que se hayan adquirido en países con libre **circulación** de trabajadores (o incluso, como hemos dicho ya, al margen de ello), pues la cualificación profesional no tiene un carácter estrictamente territorial.

Concluye que las bases de la convocatoria incumplen la normativa sectorial que ellas mismas señalan como de obligada aplicación.

Recalca que por medio de la Decisión del Consejo y de la Comisión respecto al Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica, de 4 de abril de 2002 sobre la celebración de siete Acuerdos con la Confederación Suiza entró en vigor el Acuerdo sobre la Libre **Circulación** de **Personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999.

Expone el contenido de sus artículos 1 a 7, 9, 10 del Anexo 1.

Recalca que entre los "actos mencionados" en el Anexo III, se encuentra la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales 5, en cuyo anexo V, punto 5.1.1 y 5.1.2, se insertan los nombres suizos de los títulos de medicina y de médico especializado en neurología, así como las condiciones de obtención (organismo que expide el título, duración de los estudios, etc). Resultaría contradictorio que el título de médico especialista en neurología goce del reconocimiento automático que caracteriza el modelo que la Directiva consagra y que, simultáneamente, la experiencia profesional vinculada al ejercicio que esta titulación permite pueda ser rechazada de raíz en un procedimiento selectivo público (del SESPA, en este caso).

Indica que dentro de la transposición española de estas directivas y de la aplicación de los mandatos del Acuerdo de libre **circulación** y demás normas comunitarias, se encuentra el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre **circulación** y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, del que destaca su artículo 1, 3 y la disposición adicional tercera.

A la vista de tales normas, mantiene que la Administración está obligada respecto de las cualificaciones profesionales adquiridas en Suiza a reconocerlas, tomarlas en consideración y valorarlas en las mismas condiciones que las adquiridas en cualquier otro Estado miembro UE/EEE, a fin de que surtan plenos efectos en las convocatorias selectivas para la provisión de puestos en los Servicios de Salud. En esta situación ningún sentido tiene excluir del régimen de consideración de los méritos sólo aquellos que hayan sido adquiridos por nacionales españoles en Suiza cuando concursen a puestos en el SESPA.

Concluye que la previsión de exclusión como méritos evaluables en el SESPA de las cualificaciones profesionales vinculadas al desempeño en Suiza, suponen una restricción discriminatoria e indebida, vulneradora de derechos fundamentales y nula de pleno Derecho que la sentencia recurrida debió declarar.

Sobre este tipo de discriminación encubierta, menciona aquí la jurisprudencia del TJUE que ha insistido en que las disposiciones del Derecho nacional que impiden que se tengan en cuenta los períodos anteriores de empleo en otros Estados constituyen una discriminación indirecta injustificada, por ejemplo, en relación con el acceso al sector público (Asunto C- 419/92, Scholz, Rec. 1994, p. I-505). Asimismo, ha determinado que las exigencias que se aplican a los períodos cubiertos en otros Estados miembros no deben ser más estrictas que las aplicables a los períodos cubiertos en instituciones comparables del Estado miembro de que se trate (Asunto C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Rec. 2000, p. I-10497).

Por último, razona que el TJUE ha llegado a declarar el derecho de una ciudadana alemana residente en España a que el INSS (España) le reintegrara los gastos de la asistencia médica que le fue prestada en Suiza (Asunto C-145-03, Annette Keller), cuando el tratamiento médico adecuado que le fue prescrito solo podía ser proporcionado en dicho país.

CUARTO.- *La oposición del Servicio de Salud del Principado de Asturias.*

Entiende que no existe nulidad alguna de la sentencia impugnada por ratificar un procedimiento de selección en el que las bases de la convocatoria en relación con la experiencia profesional establecen que, la misma se valorara hasta un máximo de 55 puntos de puntuación total de la fase de concurso:

"Por cada mes completo de servicios prestados en Instituciones Sanitarias adscritas al Servicio de Salud del Principado de Asturias, a otros Servicios de Salud integrantes del Sistema Nacional de Salud u otras Instituciones Sanitarias Públicas de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo en la misma categoría y especialidad que aquella a la que se concursa: 0,20 puntos(...)."



La exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza como mérito evaluable en el proceso selectivo, respeta los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como los artículos 4 b), 29.1.a) y 30.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, sin que se incurra en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015. Las bases son claras respecto de los méritos valorables y su contenido no vulnera derecho fundamental alguno por no contemplar la experiencia por los servicios prestados en un determinado país, cuyas relaciones se basan en la reciprocidad y en lo establecido en un tratado internacional.

Recalca que no puede admitirse como pretende el recurrente que el Tribunal se aparte de las bases de la convocatoria realizando una interpretación normativa que le está vedada en aras a la no vulneración del principio de igualdad y de los principios de mérito y capacidad.

Subraya que el Tribunal se ha atendido a las bases de la convocatoria, respetando así el principio de igualdad, desde el momento que el artículo 23.2 de la CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo, toda diferencia de trato entre los aspirantes habiendo de dispensarles a todos un trato igual en la distintas partes del procedimiento selectivo, pues la condición de igualdad a que se refiere el artículo 23.2 CE se proyecta no solo a las propias Leyes, sino también a su aplicación e interpretación.

En relación a la no valoración en el Baremo de méritos de la experiencia profesional que los aspirantes y, en particular, la ahora demandante pudiera haber adquirido en Suiza, recuerda que *hay que diferenciar la pertenencia a un país de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo con los países del llamado Espacio Schengen (como lo es Suiza) Suiza no forma parte de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo*. Si bien existe el Acuerdo sobre la libre **circulación de personas** entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999, el mismo no es vulnerado por la sentencia ahora recurrida, ni el baremo infringe los artículos 2,7.a), 9 y 16, citados por la recurrente, sino que supone una aplicación de lo señalado en el ANEXO I relativo a la libre **circulación de personas**, que en su artículo décimo, establece "El nacional de una Parte Contratante que ejerza una actividad por cuenta ajena podrá verse denegar el derecho a ocupar un empleo en la Administración pública vinculado al ejercicio de la potestad pública y destinada a salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas". El citado precepto emplaza precisamente a las propias Administraciones públicas convocantes de los procesos selectivos y en atención a la naturaleza y características de los puestos a cubrir, y en el ejercicio de la potestad de organización de las Administraciones públicas a configurar el baremo de méritos. Se objetiva, por tanto, que en el ámbito del empleo público el Acuerdo internacional que se invoca de adverso en modo alguno consagra ese principio o derecho de movilidad que efectivamente sí rige en el ámbito de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, del que Suiza no forma parte.

QUINTO .- *Lolas bases de la convocatoria y su no impugnación en tiempo y forma no obsta a su impugnación cuando se vulnera un derecho fundamental.*

De la prolija argumentación de la recurrente debemos destacar el Anexo II. Baremo de Méritos cuya no impugnación reputa relevante la sentencia de instancia.

"Apartado 1.-Experiencia profesional.- Este apartado se valorará hasta un máximo de 55 puntos de puntuación total de la fase de concurso:

a) Por cada mes completo de servicios prestados en Instituciones Sanitarias adscritas al Servicio de Salud del Principado de Asturias, a otros Servicios de Salud integrantes del Sistema Nacional de Salud u otras Instituciones Sanitarias Públicas de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo, en la misma categoría y especialidad que la aquella a la que se concursa: 0,20 puntos [...]."

En la STS de 10 de julio de 2019 (recurso de casación 5010/2017) se recordó que la falta de impugnación de las bases de la convocatoria no es obstáculo para combatirlos a través de los actos que las aplican cuando ellas mismas comportan la vulneración de un derecho fundamental, como aquí se invoca. La jurisprudencia así lo ha venido admitiendo [sentencias de 6 de julio de 2015 (casación n.º 674/2012); 3 de octubre de 2013 (recurso n.º 644/2012); 25 de abril de 2012 (casación 7091/2010); 16 de enero de 2012 (casación n.º 4523/2009); 22 de mayo de 2009 (casación n.º 2586/2005), entre otras].

Y aquí la recurrente, ciudadana española, invoca la conculcación del artículo 14 CE, igualdad, en relación con el artículo 23.2 CE, acceso a la función pública, engarzados con el artículo 103 CE que obliga a la Administración a someterse a la ley y al Derecho, por la no toma en consideración de la formación llevada cabo en Suiza.

Debe subrayarse lo de ciudadana española pues el Anexo I de Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de



1999, invocado por la Administración recurrida respecto a la denegación de la ocupación de un empleo en la Administración pública hace referencia a un no nacional del Estado concernido, lo que aquí no es el caso.

Para concluir si cabe o no la antedicha impugnación hemos de tener en cuenta el amplio conjunto normativo invocado.

Así el antes citado Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 cuyo objetivo a tenor del artículo 1. D), reiterado en el artículo 7 a) es conceder las mismas condiciones de vida, empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales. Por ello, el artículo 7 estatuye:

"Las Partes Contratantes, de acuerdo con el Anexo I, regularán en particular los derechos mencionados a continuación, vinculados a la libre **circulación** de **personas**:

a) el derecho a la igualdad de trato con los nacionales por lo que se refiere al acceso a una actividad económica y su ejercicio, así como las condiciones de vida, de empleo y de trabajo,"

Mientras el artículo 9 relativo a los Diplomas, certificados y otros títulos:

"Con el fin de facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de Suiza el acceso a las actividades por cuenta ajena y por cuenta propia y el ejercicio de éstas, así como la prestación de servicios, las Partes Contratantes adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con el Anexo III, por lo que se refiere al reconocimiento mutuo de los diplomas, certificados y otros títulos y a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de las Partes Contratantes relativas al acceso a las actividades por cuenta ajena y por cuenta propia y el ejercicio de éstas, así como la prestación de servicios."

También la disposición adicional tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre **circulación** y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sobre el régimen especial de aplicación a los ciudadanos de algunos Estados no miembros de la Unión Europea ni Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que dice:

"1. En virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre **circulación** de **personas**, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les es de aplicación lo previsto en el presente real decreto.

2. En virtud de acuerdos celebrados entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y Estados no miembros de la Unión Europea ni Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por otra, a los ciudadanos de dichos Estados terceros y a los miembros de su familia les será de aplicación lo previsto en el presente real decreto para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre **circulación**, estancia, residencia y trabajo en España, cuando ello sea conforme con lo establecido en dichos acuerdos."

Finalmente, la Orden SSI/876/2017, de 12 de septiembre, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2017 para el acceso en el año 2018, a plazas de formación sanitaria especializada para Médicos, Farmacéuticos, Enfermeros y otros graduados/licenciados universitarios del ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física (de forma similar a la reciente Orden SND/948/2021, de 8 de septiembre) en el apartado relativo a la nacionalidad establece:

"a) Ser español o nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de la Confederación Suiza, o los vinculados con éstos en los términos que se citan en los dos párrafos siguientes."

Además, es relevante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la, ahora, Unión Europea, que ha tenido ocasión de examinar el Acuerdo sobre la libre **circulación** de **personas** entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza de 21 de junio de 1999 en la sentencia de 26 de febrero de 2019, asunto 581/2017, Martín Wächler/Finanzamt Konstanz. Así sus puntos:

"51. Por lo que respecta a la posibilidad de que un nacional de una Parte contratante haga valer los derechos derivados del ALCP frente a su Estado de origen, debe ponerse de relieve que, según una jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya existente en la fecha en que se firmó dicho Acuerdo, el derecho de establecimiento, en el sentido del Derecho de la Unión, no solo tiene por objeto garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, sino también impedir las restricciones por parte del Estado miembro de origen del nacional de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust, 81/87, EU:C:1988:456, apartado 16).

52. Por lo tanto, en determinadas circunstancias y en función de las disposiciones aplicables, un nacional de una Parte contratante del ALCP puede invocar los derechos derivados de dicho Acuerdo no solo frente al

Estado al que se traslada en el ejercicio de su derecho a la libre **circulación**, sino también frente a su Estado de origen (sentencia de 15 de marzo de 2018, Picart, C-355/16, EU:C:2018:184, apartado 16 y jurisprudencia citada).

53. En efecto, la libre **circulación** de **personas** garantizada por el ALCP se vería obstaculizada si un nacional de una Parte contratante sufriera una desventaja en su Estado de origen por la única razón de haber ejercido su derecho a la libre **circulación** (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Bergström, C-257/10, EU:C:2011:839, apartado 28).

54. De ello se infiere que el principio de igualdad de trato, previsto en el artículo 15, apartado 2, del anexo I del ALCP, en relación con el artículo 9 de dicho anexo, también puede ser invocado por un trabajador autónomo comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo frente a su Estado de origen.

55. Puesto que el principio de igualdad de trato constituye un concepto del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros, 117/76 y 16/77, EU:C:1977:160, apartado 7, y de 6 de octubre de 2011, Graf y Engel, C-506/10, EU:C:2011:643, apartado 26 y jurisprudencia citada) que existía en la fecha en que se firmó el ALCP, procede, como se desprende de los apartados 38 y 39 de la presente sentencia, tener en cuenta los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la igualdad de trato para determinar la eventual existencia de una desigualdad de trato prohibida por el ALCP (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2011, Graf y Engel, C-506/10, EU:C:2011:643, apartado 26, y de 21 de septiembre de 2016, Radgen, C-478/15, EU:C:2016:705, apartado 47)."

En consecuencia, cabe aceptar la impugnación de las bases por conculcación del principio de igualdad de trato en el acceso a la función pública por razón del Acuerdo de 21 de junio de 1999, así como concluir que dichas bases conculcan el derecho a la igualdad y a la **libertad de circulación de personas**, incluyendo las nacionales del Estado de que se trate.

A la vista del contenido de la normativa que hemos ido mencionando resulta patente que la prestación de servicios por una nacional española en una institución sanitaria pública de Suiza debe ser tomada en consideración como mérito evaluable en un proceso selectivo puntuando como experiencia profesional. Otro tanto acontece con los méritos relativos a investigación y formación que han de ser evaluados en idénticas condiciones que si se hubieran efectuado en España.

Por ello debemos estimar el recurso de casación lo que conduce a la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimando en lo sustancial la pretensión ejercitada en el recurso contencioso-administrativo en el sentido de que deben ser tomados en consideración los méritos de experiencia, investigación y formación realizados en Suiza en idénticas condiciones que si se hubieran efectuado en España, con todos los efectos que se sigan para la recurrente de dicha valoración.

SEXTO.- *La respuesta a la cuestión de interés casacional.*

En efecto, vulnera el derecho a la igualdad y a la **libertad de circulación de personas**, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza, como mérito evaluable en un proceso selectivo al que concurre una nacional española, al igual que la no consideración de la actividad desarrollada en el ámbito de la formación y de la investigación.

SÉPTIMO.- *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a las costas de instancia se imponen a la parte demandada en la misma cuantía que fue impuesta por la Sala en la sentencia revocada, 700 euros.

FALLO

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

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña María Inmaculada, contra la sentencia de 14 de octubre de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso contencioso-administrativo núm. 118/2019.

SEGUNDO.- Estimar en lo sustancial el recurso contencioso-administrativo deducido por doña María Inmaculada declarando que deben ser valorados los méritos de experiencia, investigación y formación



realizados en Suiza en idénticas condiciones que si se hubieran efectuado en España, con todos los efectos que se sigan para la recurrente de dicha valoración.

TERCERO.- Se fija como doctrina la consignada en el penúltimo Fundamento.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ