



Roj: **STSJ AS 906/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:906**

Id Cendoj: **33044330012017100241**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2017**

Nº de Recurso: **50/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JULIO LUIS GALLEGO OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**APELACION Nº 50/17 APELANTE: S.E.S.P.A. APELADO: D. Raimundo**

### **SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.: Presidente:**

**D. Luis Querol Carceller Magistrados:**

**D. Julio Luis Gallego Otero**

**Dña. Olga González Lamuño Romay**

En Oviedo, a veinticuatro de abril de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 50/17, interpuesto por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), y representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo parte apelada D. Raimundo , representado por el Letrado D. Domingo Villaamil Gómez de la Torre. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio Luis Gallego Otero.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Abreviado nº 343/16 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de los de Oviedo.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 . Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 20 de abril pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Administración sanitaria demandada interpone recurso de apelación frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Cuatro de Oviedo, de fecha 12 de diciembre de 2016 , que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del



recurso interpuesto contra la resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección de Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por ser contraria a derecho y, en consecuencia, nula en lo que se refiere a la participación del recurrente y debe reconocerse el derecho a participar y ser evaluado en tal convocatoria con los efectos que en su caso correspondan en los mismos términos del resto de los que hayan sido admitidos y hubiesen obtenido una evaluación positiva, debiendo desestimar el recurso en todo lo demás. Con la interposición del presente recurso la parte apelante pretende se revoque la sentencia recurrida con desestimación de la demanda y, en particular, se declare al recurrente en su condición de personal estatutario temporal no puede concurrir a la convocatoria del procedimiento de solicitud de reconocimiento del Grado I, periodo ordinario, de la Carrera Profesional para el personal licenciado y diplomado de los centros e instituciones sanitarias del Servicio Salud.

**SEGUNDO.** - La pretensión revocadora de la sentencia apelada se fundamenta, en primer lugar en la infracción legal por aplicación directa del Acuerdo Marco que figura como anexo a la Directiva 1999/70CE del Consejo de 28 de junio de 1999, efecto directo que únicamente tienen los Reglamentos y que esta interpretación, conforme al Derecho de la Unión Europea, ha conducido a la inaplicación de la normativa interna que únicamente reconoce esta retribución complementaria de carrera al personal estatutario fijo; en segundo lugar, que la disposición general que limita la participación en la Carrera Profesional del personal sanitario del Servicio de Salud que tenga la condición de fijo, y a la que forzosamente debe sujetarse la convocatoria no fue recurrida por el demandante y, por tanto, devino firme y consentida, limitación o exclusión sobre la que se ha pronunciado esta Sala en las sentencia de 10 de octubre de 2008 (recurso número 59/08 ) y 15 de febrero de 2008 (recurso 303/2007 ), avalando por este motivo la exclusión del personal temporal que ahora erróneamente se reconoce en la sentencia apelada; y en tercer lugar, por obviar la sentencia apelada, que en relación a los tres criterios de evaluación establecidos en la convocatoria, la carrera profesional en el SESPA se sujeta a la característica de voluntariedad.

**TERCERO** - La Sentencia recurrida estima el recurso interpuesto, teniendo en cuenta la normativa relativa a la carrera profesional del personal estatutario, así como la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinado tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, el auto de 21 de septiembre de 2016, que refiriéndose a Ley asturiana de Evaluación Docente y sus Incentivos, concluye "la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido, al ser funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores cuya relación de servicio es de duración determinada, al ser funcionarios interinos". Incontrovertido el presupuesto base para la aplicación directa de la normativa comunitaria, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al haber razonado el Juzgador de instancia acerca de la inexistencia de razones objetivas para que no percibieran determinados complementos retributivos el personal interino de larga duración cuando si lo percibe el personal funcionario de carrera. La STS de 4 de marzo de 2017, desestima el recurso de casación núm. 93/2016 , interpuesto contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 21 de diciembre de 2015, de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , contra el Decreto 186/2014 de 7 de noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. La sentencia recurrida declara la nulidad de los arts. 1 , 3 , 5 , 7 , y 18, así como las disposiciones adicionales primera y segunda y la disposición transitoria primera, del mismo, en tanto en cuanto excluyen a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad, de la posible percepción del complemento retributivo de carrera profesional, con base en la cláusula 4, del apartado 1, del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 . La doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo reseñada en el párrafo anterior pone de manifiesto, de una parte, la armonía de la Sentencia de instancia con la dictada por esta Sala el 30 de junio de 2014 , recurso de casación 1846/2013. Ambas se refieren a un concepto retributivo para el personal interino de larga duración que no debe ser discriminado en su percepción reconocida, sin género de dudas, al personal funcionario de carrera. Y de la otra, que la sentencia impugnada al mencionar la STC 232/2015, de 5 de noviembre , cuyo quebranto se invoca, pone de relieve la aplicabilidad de la jurisprudencia del TJUE. Recuerda el Tribunal Constitucional en la referida sentencia que el Tribunal de Justicia europeo había excluido la condición de funcionario interino como una "razón objetiva" válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la antedicha cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, en lo que atañe a la percepción de "sexenios" por los profesores. También menciona, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de octubre de 2012 , dictada en recurso de casación en interés de la



Ley 5303-2011, se había mostrado favorable a la equiparación de los profesores funcionarios interinos con los profesores funcionarios de carrera a estos concretos efectos de reconocimiento del derecho a percibir los llamados "sexenios", o complemento retributivo por formación permanente del profesorado tras la pertinente evaluación. Sentado cuando antecede, es directamente aplicable el Acuerdo Marco por razón del principio de no discriminación, como lo han entendido la jurisprudencia comunitaria, y nacional. Con esta consideración deben decaer los motivos del recurso relacionado con esta cuestión y la relativa a la falta de impugnación directa de la disposición general que excluía a esta clase de personal, y que por ello ha devenido firme y consentida, en tanto esa interpretación supone desconocer los efectos radicalmente nulos de aquellos actos y disposiciones que vulneren disposiciones y principios generales de prevalente aplicación. Y para finalizar procede desestimar el último motivo del recurso de apelación contra la sentencia apelada, al no ser cierto que se imponga la participación obligatoria del recurrente en el procedimiento de evaluación profesional, sino que se le reconoce el derecho abstracto a participar una vez efectuada la convocatoria a fin de verificar que concurren los requisitos para ello, en tanto estamos ante un derecho susceptible de reconocimiento en las convocatorias efectuadas por la Administración.

**CUARTO** .- Debido a las circunstancias especiales que concurren en este caso, en particular, que la problemática planteada ha sido y es muy controvertida en el plano general de los derechos de los funcionarios interinos, y en el particular de participar en las convocatorias de reconocimiento de la carrera profesional, reservada al personal estatutario fijo, hasta que fue resuelta por la sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo Número Cuatro de Oviedo, de fecha 12 de diciembre de 2016 . Sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de este TSJ si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.