

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
OVIEDO**

SENTENCIA: 00010/2017

Modelo: N11600

LLAMAQUIQUE S/N, 1ª PLANTA

Equipo/usuario: BGG

N.I.G: 33044 45 3 2016 0001476

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000268 /2016 /

Sobre: ADMINISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

De D/Dª:

Abogado: DOMINGO VILLAAMIL GOMEZ DE LA TORRE

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA)

Abogado: LETRADO DEL SESPA

Procurador D./Dª

SENTENCIA

En OVIEDO, a veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

Vistos por el **ILMO. SR. DON JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ**, Magistrado-Juez Del Juzgado De Lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Oviedo; los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por Procedimiento Abreviado Nº **268/2016** instados por letrado D. Domingo Villaamil Gómez de la Torre, en nombre y representación de , siendo demandado el **Servicio de Salud del Principado de Asturias**, representada y defendida por el Letrado del Servicio Jurídico, contra la resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se convoca el procedimiento de solicitud de reconocimiento del grado I.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado Domingo Villaamil Gómez de la Torre, en nombre y representación de se presentó demanda 21 de octubre de 2016, en la que se impugnaba la resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se convoca el procedimiento de solicitud de reconocimiento del grado I. Tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando se dictara sentencia, estimando íntegramente el recurso interpuesto, sin necesidad de recibir a prueba el pleito ni de celebrar vista.

SEGUNDO.- Por resolución de tres de noviembre de 2016 se tuvo por interpuesto Recurso Contencioso-Administrativo, una vez subsanado defecto de postulación al que fue requerido por resolución de 24 de octubre de 2016, acordando su tramitación conforme a lo dispuesto para el Procedimiento Abreviado y dando traslado a la Administración demandada para que contestase a la demanda y remitiese el correspondiente expediente.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, se celebró la vista el día 13 de enero de 2017 con asistencia de las partes, con el resultado que obra unido a autos.

CUARTO.- En el recurso, objeto de esta sentencia, se han observado todas las prescripciones legales en vigor y demás derechos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se convoca el procedimiento de solicitud de reconocimiento del grado I, período ordinario, de la Carrera Profesional para el personal Licenciado/a y Diplomado/a Sanitario de los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

SEGUNDO. Por la parte actora se cuestiona la base segunda de la convocatoria, relativa a requisitos y condiciones de los interesados en su apartado a) que exige tener la condición de personal estatutario fijo excluyendo así los que tengan vinculación temporal y ello aun cuando cumplan con los años de servicios prestados que se exige en la convocatoria (5 años). La parte recurrente viene a sostener que es facultativa especialista en medicina interna con más de cinco años de servicios (en concreto expone que más de 12 años) teniendo en la actualidad vínculo de interinidad. Expone que la exigencia contenida en la convocatoria relativa a ostentar la condición de personal estatutario fijo es contraria a Derecho y, en particular, a la jurisprudencia europea. Por parte de la representación de la Admon. demandada se ha sostenido que a lo sumo correspondería admitirla a la convocatoria correspondiente para que, una vez evaluada, se le reconozca el grado I si cumpliera los requisitos de valoración establecidos al efecto.

TERCERO. Aun cuando la contestación a la demanda presentada resta en gran parte de contenido a la presente Litis, conviene precisar cuando menos el supuesto de hecho ante el que se está así como la normativa y jurisprudencia de aplicación.

Nos encontramos ante un proceso de convocatoria en relación a la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud.

El artículo 40 de la ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud prevé el establecimiento de mecanismos de carrera profesional para el personal de sus servicios de salud, que supondrá el derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.

Esta previsión legal fue desarrollada en el principado de Asturias mediante el acuerdo de 27 de diciembre de 2006, sobre

la carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, en los términos en que fue aprobado por acuerdo de consejo de gobierno de 28 de diciembre de 2006 en lo que se refiere al sistema de carrera profesional para los licenciados y diplomados sanitarios de las instituciones sanitarias del servicio de salud del principado de Asturias.

En el apartado 8º del anexo I de este acuerdo de 27 de diciembre de 2006 se dispone que la evaluación supone la valoración de los méritos de los profesionales que soliciten el encuadramiento en cada grado de carrera profesional y que ello dará lugar al reconocimiento de un determinado grado, con independencia del cumplimiento de los demás requisitos exigidos, la evaluación positiva de los méritos acreditados por los profesionales solicitantes en las áreas de evaluación establecidas en la ley con carácter general y en particular, en el servicio de salud del principado de Asturias, las siguientes:

La actividad y calidad asistencial, implicación y compromiso con la organización.

Las competencias profesionales y conocimientos.

Participación en la docencia y en la investigación.

La evaluación en las anteriores áreas de actividad se realizará de forma objetiva en función de un sistema de puntos y conforme al baremo y sistema de cómputo que se establezca en el desarrollo al detalle del presente acuerdo, para cada una de las materias objeto de evaluación en relación con el grado que se pretende alcanzar.

A su vez, en la resolución de 3 de marzo de 2009 de la dirección gerencia del Sespa que aprueba el sistema de evaluación de carrera profesional fija la valoración conforme a tres bloques relativos a:

1. Bloque a. Actividad y competencias en la práctica asistencial: contempla y evalúa la aportación del profesional a la consecución de los objetivos de la organización y las competencias profesionales y técnicas que aplica para la práctica asistencial.

2. Bloque b. Implicación y compromiso con la mejora de la organización: contempla y evalúa la orientación e implicación del profesional en la mejora de la organización.

3. Bloque c. Desarrollo y transferencia del conocimiento: contempla y evalúa la actualización permanente de conocimientos a través de la formación, así como la implicación en actividades docentes, de investigación, innovación y de transferencia del conocimiento.

La base segunda de la convocatoria establece, entre los requisitos y condiciones de los interesados, los dos siguientes:

Serán requisitos para formular la solicitud de reconocimiento del grado de carrera profesional, en período ordinario, los que se indican a continuación:

a) Ostentar, la condición de personal estatutario fijo del servicio de salud del principado de Asturias, en alguna de las categorías de licenciados y diplomados sanitarios. Haber completado los años de servicios prestados que para el grado i se establecen en el apartado sexto del acuerdo de la mesa general de negociación de 27 de diciembre de 2006 sobre carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos del principado de Asturias (bopa de 8-3-2007). En este caso, para el acceso al grado 1 se exige haber prestado servicios por 5 años. Correlativamente a ello, el reconocimiento del grado 1 de carrera profesional llevaba aparejado un complemento retributivo de carrera profesional (apartado 15º del acuerdo).

CUARTO.- El propio tenor del Acuerdo de 27-12-2006 disponía en su apartado séptimo letra a) que es requisito para el encuadramiento en cada uno de los grados el ostentar la condición de personal estatutario fijo. A su vez, misma exigencia se contiene en la convocatoria aquí impugnada base segunda letra a).

Abordando la cuestión desde la perspectiva de la normativa de la UE, la cuestión ya no se limita a la mera aplicación de la norma que rige la convocatoria sino que el debate pasa a ser el evaluar la conformidad de esa propia convocatoria con el ordenamiento europeo y en particular, con es 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 sobre trabajo de duración determinada. Ello es así porque en el caso de considerar que esa normativa interna fuera contraria a la citada Directiva la consecuencia que ello implicaría sería la inaplicación de dicha norma nacional y aplicar la norma comunitaria.

La citada directiva 1999/70 dispone en su artículo 2, párrafos primero y tercero que «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a lo más tardar el 10 de julio de 2001 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando los Estados miembros todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

La cláusula 4, apartados 1 y 4, del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», establece:

«1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.".

En interpretación de esta Directiva debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la St. de 22-12-2010 Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09) y, referido al reconocimiento de un complemento

retributivo (trienios) a personal docente en un periodo más amplio que el que derivaba de la aplicación del art. 25 Ley 7/2007 de 12 de abril entendió que "una diferencia de trato por lo que se refiere a las condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se refiere a la duración misma de la relación laboral de manera general y abstracta. Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, recordados en los apartados 47 y 48 de la presente sentencia. En lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, el recurso a tal criterio equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada."

En la misma línea cabe citar el Auto del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez C-556/11 que resuelve la petición de decisión prejudicial presentada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Valladolid, en el que se trataba de un litigio en un que un funcionario interino de educación reclamaba el abono del complemento retributivo por formación permanente (denominado sexenios). En dicha resolución el tribunal de Justicia entendió que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

Finalmente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana (C 177/10) se consideró que *"las normas nacionales relativas a los períodos de servicio que deben cumplirse para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior o a fines del cálculo de los períodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional como la controvertida en el litigio principal forman parte integrante de las condiciones de trabajo"*.

Sobre asunto que guarda evidente analogía con el que nos ocupa, y referido al sistema de evaluación docente, se pronunció este Juzgado sentencia en el PA 304/2015 el pasado 10 de octubre de 2016, en razón a lo así resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión en su Auto de 21 de septiembre de 2016 y a cuya argumentación lógicamente debemos estar y que venía referido a la evaluación en el ámbito docente.

Conforme se recogía en dicha sentencia y, aun cuando efectivamente existía ya un cuerpo de doctrina elaborado por el TJUE sobre la citada Directiva que venía entendiendo que, en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, no podría tratarse a los trabajadores con vínculo temporal de forma menos favorable que a los trabajadores fijos, se optó por este órgano judicial por elevar cuestión prejudicial ante dicho Alto tribunal conforme al art. 267.b) Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y ello en relación a si la exclusión del personal temporal del reconocimiento del derecho a la evaluación docente era compatible con el derecho de la Unión.

Por Auto del 21 de septiembre pasado en el asunto C-631/15 el TJUE ha dado respuesta a la cuestión prejudicial que le había sido elevada, y ello haciendo uso del trámite procedimental previsto en el art. 99 del reglamento de Procedimiento precisamente por entender que la respuesta que cabía dar se deducía claramente de la jurisprudencia no ofreciendo duda razonable, siendo por lo demás bien claro y concluyente dicho Tribunal en el parecer finalmente emitido.

QUINTO.- En este caso es claro por un lado que la recurrente en la medida en que ha venido prestando sus servicios como personal estatutario temporal para el servicio de salud durante un período de más de 12 años está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco. El hecho de tratarse de personal estatutario, esto es, personal con régimen cuasi-funcionario, y no propiamente laboral es irrelevante a estos efectos. Así se pronuncia la ST TJUE Del Cerro Alonso C-307/05 de 13 de septiembre de 2007 *"La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros"....* los Estados miembros se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario (véase la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 68)» (apartado 29)".

Tras esa premisa inicial, nos encontramos con que la participación en el sistema de carrera profesional y el incentivo que se deriva de ella en caso de evaluación positiva están incluidos en el concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de dicha disposición. En este sentido el Tribunal recuerda en primer lugar que ha considerado dentro del concepto de condiciones de trabajo otros conceptos tales como los trienios (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09) o los sexenios por formación permanente (véase, en este sentido, el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/1) y las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior o al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10).

Acto seguido, y en relación a los conceptos que se someten a evaluación no existen elementos de índole objetiva que permitan se consideren de aplicación únicamente al personal estatutario fijo y no a los temporales pues todo ellos (el compromiso con la organización, dominio profesional y la investigación y docencia) son cuestiones igualmente predicables tanto de estatutario fijo como de un estatutario temporal. De este modo, un empleado estatutario temporal que reuniera los 5 años de antigüedad y que tuviera un mismo o incluso mayor compromiso con la organización, dominio profesional o méritos en investigación y docencia no sería admitido a dicho sistema de carrera, y no podría percibir el incentivo económico así fijado siendo la única causa por la que se le excluye el carácter temporal de su contratación, extremo este que ha sido considerado contrario a la Directiva 1999/70 por el citado TJUE.

No puede esgrimirse como razón objetiva que justifique esa diferencia de trato el que en un caso se trate de personal fijo (funcionario de carrera) y en otro caso el de personal temporal (funcionario interino) pues es ya criterio muy reiterado del TJUE que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no puede constituir una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco -apartado 49 del Auto- y que, al contrario, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco. En lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, el recurso a tal criterio equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, , y autos de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10 , Rosado Santana C-177/10).

No enerva lo anterior el que efectivamente los funcionarios de carrera estén sometidos en cuanto a su selección a criterios más rigurosos que los atinentes a los funcionarios interinos - que no han superado el correspondiente proceso selectivo- pero, en este sentido, ello podrá en su caso servir de base para otro tipo de decisiones tales como la participación en procesos de promoción interna, concursos de traslado, acceso a determinados puestos de trabajo, exigir una determinada experiencia para un determinado empleo o cuestiones similares. En cambio no se estima pueda dar soporte a que, en definitiva, se abone una retribución inferior a quien está desempeñando un mismo trabajo y en particular, cuando se están valorando parámetros que pueden perfectamente ser cumplidos en la misma medida tanto por personal fijo como por parte de personal temporal.

Se estima en definitiva que no puede ser mantenido el acto admto. que fijaba como requisito de la convocatoria el ostentar la condición de personal estatutario fijo excluyendo



así de forma total y absoluta al personal temporal, y debiendo procederse a efectuar nueva convocatoria con exclusión del citado requisito de ser personal "fijo" contenido en la base segunda letra a) posibilitando así el acceso en cuanto a personal estatutario temporal.

SEXTO. En virtud de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y siendo la primera de las sentencias que se dictan por este Juzgado sobre esta cuestión modificándose así los criterios que hasta la fecha existían, no procede imponer las costas a la Administración demandada.

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por contra la desestimación presunta del recurso formulado contra la Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias que ha sido objeto del presente procedimiento declarando la disconformidad a derecho del acto admntvo. impugnado y su anulación en lo que se refiere al término "fijo" recogido en la base segunda letra a) de la convocatoria y debiendo procederse a efectuar nueva convocatoria con exclusión del citado requisito de ser personal "fijo" posibilitando así el acceso en cuanto a personal estatutario temporal.

Sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Juzgado en el plazo de quince días recurso de apelación previa consignación y abono de los depósitos y tasas correspondientes.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el mismo día de su fecha. Doy fe.

