

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1 A CORUÑA

SENTENCIA: 00557/2019

PONENTE: D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 308/18

Recurrente: Asociación de Facultativos Especialistas del Área
De Galicia (AFEAGA)

Administración Demandada: Consellería de Sanidade

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Benigno López González, Presidente.-

D. Fernando Seoane Pesqueira

D^a Blanca María Fernández Conde

A CORUÑA, veintisiete de noviembre de 2019

El recurso contencioso-administrativo que, con el número 308/19, pende de resolución ante esta Sala, ha sido interpuesto por Asociación de Facultativos Especialistas del Área De Galicia (AFEAGA), representada por el procurador doña Belén Casal Barbeito dirigida por el letrado don Fabian



Valero Moldes , contra ORDEN de 20 de julio de 2018 por la que se publica el Acuerdo sobre las bases de la carrera profesional en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y entidades adscritas a esta Consellería y a dicho organismo, publicada en el Diario Oficial de Galicia nº 144, de fecha 30 de julio de 2018, siendo parte demandada Consellería de Sanidade representada y dirigida por el letrado de la Comunidad Autónoma .

Es ponente el Ilmo. Sr. D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que se estimase la demanda en todos sus extremos.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en el escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación de Facultativos Especialistas de Área de Galicia (AFEAGA) promueve recurso contencioso administrativo contra Orden de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, de fecha 20 de julio de 2018, por la que se hace público el Acuerdo, de 6 de julio anterior, por el que se establecen las bases de la carrera profesional en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y entidades adscritas a esta Consellería y a dicho organismo.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

En concreto se postula, en el suplico de la demanda rectora, la anulación de las disposiciones que, a continuación, se reseñan:

- Apartado 5.b) en cuanto excluye del ámbito de aplicación de la carrera profesional ordinaria al personal eventual y sustituto del SERGAS.

- Apartado 6, Estructura de Grados, que establece: *"Grado inicial: Podrá acceder el personal fijo de la categoría y el personal estatutario interino en plaza vacante o fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal"*. Y por crear un grado inicial que retrase el reconocimiento de la carrera profesional más allá de los cinco años de servicios prestados.

- Apartado 7, como consecuencia de la anulación del apartado anterior.

- Apartado 10, con el fin de que sean reconocidos automáticamente los grados de carrera profesional alcanzados en otros servicios de salud a todo el personal y no solo al fijo.

- Apartado 14, Régimen transitorio y excepcional de encuadramiento, cuyo tercer párrafo, en relación al personal estatutario, señala: *"Podrá participar en este proceso el personal estatutario fijo del Servicio Gallego de Salud y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo que en esta fecha reúnan los siguientes requisitos: ..."*. Y por exigir al menos una experiencia previa de un año como personal estatutario fijo. Igualmente en cuanto fracciona el pago del primer grado reconocido a través del régimen transitorio y excepcional de encuadramiento, en dos anualidades.

- Apartado 15, Otras cláusulas, punto 6, que dispone: *"En dicha convocatoria (2020) el personal que hubiere alcanzado la condición de fijo del Servicio Gallego de Salud o entidades adscritas antes del 31 de diciembre de 2011, y que en el momento de esa primera convocatoria sea personal estatutario, quedará exonerado del requisito de permanencia en el grado anterior previsto en el punto 6 de este acuerdo, siempre que permaneciese continuadamente en situación de servicio activo (o en cualquier otra situación administrativa que suponga reserva de plaza) desde el último reconocimiento de grado"*.

Considera la parte recurrente que tales disposiciones establecen diferencias de trato basadas, únicamente, en la duración del vínculo con el SERGAS, siendo contraria a derecho la limitación de acceso al sistema de carrera profesional al personal fijo o estatutario interino en plaza vacante, dejando al margen al personal temporal.



Apoya su pretensión la parte recurrente en jurisprudencia estatal y comunitaria. Así, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que establece que la Cláusula 4ª 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 sobre el trabajo de duración determinada, es de aplicación no sólo a los trabajadores por cuenta ajena sino también a los empleados públicos con nombramiento administrativo (Asuntos C-212/04, C-307/05, C-444/09 y C-456/09 acumulados, C-596/14 y C-16/15, C-184 y C-197/15 acumulados. Sobre esta tesis se sustenta que tanto el Acuerdo Marco como la Directiva comunitaria señalan que los trabajadores con contratos de duración determinada deben disfrutar de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, siempre que no concurran, como sucede en el caso enjuiciado, circunstancias concretas y objetivas que justifiquen un desigual trato.

Añade que así lo entendieron los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Madrid y el País Vasco, y el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de diciembre de 2018.

SEGUNDO.- La Orden de 20 de julio de 2018, aquí recurrida, objeto de desarrollo a través de la resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERCAs, de 31 de julio siguiente, por la que se iniciaron los procedimientos para solicitar un grado de carrera conforme al régimen transitorio y excepcional de encuadramiento, incluye en su ámbito de aplicación a: A) todo el personal estatutario del Sergas y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo, B) al personal funcionario o laboral de las instituciones sanitarias del Sergas transferido a dicho organismo como consecuencia del traspaso de instituciones sanitarias de las corporaciones locales o de la Administración del Estado, y C) al personal laboral del Sergas y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo incluido en el ámbito de aplicación del Decreto 91/2007, de 26 de abril, de integración en el régimen estatutario, y en las órdenes de la Consellería de Sanidad que se dictaron en su ejecución (apartado 4).

En el apartado 6 de la misma Orden se regula la estructura de grados, y dentro del personal que puede acceder al grado inicial, se incluye expresamente: A) al personal fijo, B) al personal estatutario interino en plaza vacante y C) al personal fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal.

En el apartado 10 se hace referencia exclusivamente al personal estatutario fijo que se incorpore al servicio





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

activo, a la hora del reconocimiento de los grados de la carrera profesional.

Por su parte, en el apartado 13 se regula el complemento de carrera y se prevé exclusivamente para el personal fijo, articulándose en un sistema de grados, del I al IV, como retribución complementaria de carácter fijo para el correspondiente grado y categoría, en línea con lo establecido en el artículo 118.3 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, según el cual:

"El grado de carrera reconocido al personal fijo se retribuirá mediante el complemento de carrera establecido para el correspondiente grado y categoría. Este complemento se percibirá en todo caso en la situación de servicio activo en la correspondiente categoría o durante el desempeño de puestos o cargos en el ámbito de la Administración sanitaria".

El óbice que pudiera representar la dicción literal de este último precepto ha desaparecido desde que el artículo 18 de la Ley 3/2018, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, ha modificado aquel apartado 3 del artículo 118 de la Ley gallega 8/2008, y establece en su primer párrafo que "Los grados I a IV de la carrera profesional reconocidos al personal estatutario se retribuirán mediante el complemento de carrera establecido para el correspondiente grado y categoría", eliminando la fiijeza como requisito para la percepción del complemento de carrera. Sin embargo, ello no hace desaparecer el objeto del presente litigio, en primer lugar porque, como veremos a continuación, el personal temporal no se sitúa en la misma posición que el personal fijo, ya no sólo porque se excluye al personal sustituto, sino también porque el personal interino sólo va a poder solicitar desde el año 2023 el complemento de carrera y continúa excluido del ámbito del apartado 14.

Dicho apartado 14, limita la participación en el proceso al personal estatutario fijo.

Y el apartado 15, punto 6, se exonera (convocatoria de 2020) de la exigencia de permanencia en el grado anterior al personal que hubiere alcanzado la condición de fijo del Servicio Gallego de Salud o entidades adscritas antes del 31 de diciembre de 2011, y que en el momento de esa primera convocatoria sea personal estatutario, siempre que permaneciese continuadamente en situación de servicio activo (o en cualquier otra situación administrativa que suponga reserva de plaza) desde el último reconocimiento de grado".



En el escrito de contestación a la demanda alega el Letrado de la Xunta de Galicia que, fruto de la negociación, se firmó un nuevo Acuerdo el 6 de julio de 2018, en el que se proveyó que *"La Administración sanitaria adoptará las medidas normativas necesarias para que el personal interino (o fijo de otra categoría en plaza vacante por promoción interna temporal), con grado inicial, pueda solicitar desde el año 2023 el grado I y siguientes, y percibir desde ese mismo año el correspondiente complemento de carrera, cumpliendo los requisitos que se establecen con carácter general (salvo la fijeza en la categoría)".*

A dicho Acuerdo no puede otorgársele la operatividad que pretende la defensa de la Administración autonómica, en primer lugar porque no aparece la aprobación expresa y formal del correspondiente órgano de gobierno de la Administración autonómica, que es necesario para su validez y eficacia (artículo 38.3 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) y, en segundo lugar porque, aun partiendo de su contenido, establece una diferencia de trato, porque solamente permite al personal interino (no a todo el personal temporal) que deduzca la solicitud del grado I y siguientes y perciba el correspondiente complemento de carrera desde el año 2023, a diferencia del personal fijo.

En el apartado 14 se recoge un régimen transitorio y excepcional de encuadre en los siguientes términos:

"En el segundo semestre de 2018 se tramitará un sistema transitorio de encuadre para el acceso, por una sola vez, a un único grado (el grado I o el siguiente a aquel que el/la profesional ya tenga reconocido)."

"Este sistema excepcional de encuadre se habilita para acceder o progresar en la carrera de la categoría/especialidad en la que el/la profesional esté en situación de activo (o con reserva de plaza) el 1 de julio de 2018".

Ahora bien, el siguiente párrafo establece que en ese proceso transitorio y excepcional sólo podrá participar el personal estatutario fijo del Sergas y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo que en esa fecha reúnan determinados requisitos.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

La regulación anterior se completa con la del apartado 1 de la resolución de 31 de julio de 2018, según el cual:

"El/la profesional estatutario fijo que reúna los requisitos establecidos en el punto 14 del Acuerdo podrá solicitar el grado I de carrera profesional, o el siguiente a aquel que ya tenga reconocido, en la categoría/especialidad en la que estuviera en situación de activo como personal fijo (o con reserva de plaza) el 1 de julio de 2018".

Por tanto, el personal interino en plaza vacante puede acceder al sistema de carrera profesional, y ostenta el derecho al reconocimiento del denominado grado inicial pero la percepción del complemento de carrera y el régimen transitorio y excepcional de encuadre quedan sujetos a la adquisición de la condición de personal estatutario fijo, por lo que no tiene derecho al reconocimiento y abono de los grados I al IV ni el acceso al régimen transitorio y excepcional de encuadre.

Por otra parte, el personal en reserva de plaza no ostenta derecho al reconocimiento del grado inicial, ni al reconocimiento y abono de los grados I al IV ni el acceso al régimen transitorio y excepcional de encuadre.

TERCERO. - Las fuentes reguladoras estatales específicas de la carrera profesional, que presentan carácter básico y común respecto de los sistemas autonómicos de carrera profesional y a partir de las que el legislador autonómico establecerá la correspondiente regulación sobre la expresada carrera de su personal estatutario, son las siguientes:

1º) La Ley 16/2003, de cohesión y calidad en el sistema nacional de salud, en sus artículos 40 (desarrollo profesional) y 41 que define la carrera profesional del siguiente modo:" 1. La carrera profesional es el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios. 2. El estatuto marco previsto en el artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, contendrá la normativa básica



aplicable al personal del Sistema Nacional de Salud, que será desarrollada por las comunidades autónomas.";

2º) La Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, que en su artículo 37 (normas generales sobre desarrollo profesional y su reconocimiento) prescribe lo siguiente: "1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 6 y 7 de esta ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. 2. Sin perjuicio de las facultades y funciones para las que habilite el correspondiente título oficial, el reconocimiento del desarrollo profesional será público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias. 3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado", regulando el artículo 38 unos principios generales sobre el desarrollo profesional y el artículo 39 la homologación del reconocimiento de ese desarrollo;

3º) El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que en su artículo 40 establece los criterios generales de la carrera profesional en los siguientes términos: "1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias. 2. La carrera profesional 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. 3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. 4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes", y en su artículo 80.2.h) que sanciona como materia objeto de negociación el sistema de carrera profesional.

4º) El artículo 16 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, dispone que "1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.", y luego establece que "3. A) Carrera profesional horizontal consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto".

Para ello, según estas remisiones normativas, se deberán valorar "la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida" -artículo 17.b-; y, "Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto" -artículo 20.3-.

CUARTO.- La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre acuerdos y resoluciones análogos al impugnado, concluyendo que la carrera profesional forma parte de las condiciones de trabajo de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación, y que, en consecuencia, no procede excluir de ella al personal no permanente que se encuentra en la situación de la recurrente.

Así lo ha hecho en sus sentencias de 18 de diciembre de 2018 (recurso de casación 3723/2017), 21 de febrero de 2019 (RC 1805/2017), 25 de febrero de 2019 (RC 4336/2017) y 6 de



marzo de 2019 (RC 2595/2917), versando las tres últimas sobre personal estatutario sanitario del Instituto Catalán de Salud.

Dicha jurisprudencia, a su vez, ha tomado base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado recientemente con nitidez en la materia relativa a la carrera profesional en el auto de 22 de marzo de 2018, dictado en el asunto C- 315/1, originado por una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza, en un procedimiento referido a la exclusión de la carrera profesional horizontal de una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza.

En concreto, tras recordar que se pronuncia mediante auto en virtud del artículo 99 de su Reglamento, en razón de que entiende que podía resolver a partir de decisiones anteriores -auto de 21 de septiembre de 2016 (caso Álvarez Santirso) asunto C-631/15, apartado 26, y jurisprudencia citada-- y destacar que la situación de la funcionaria interina está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE por tener un contrato de duración determinada durante un periodo superior a cinco años, afirma la sentencia del Tribunal Supremo nº 1796/2018, de 18 de diciembre:

"1.º) que la participación en un sistema de carrera profesional y las consecuencias económicas derivadas de ella están incluidas en el concepto "condiciones de trabajo" de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la citada Directiva 1999/70 referida al principio de no discriminación, ello (i) porque incorporando un principio de Derecho social de la Unión no puede ser interpretado de manera restrictiva; (ii) porque el criterio básico que debe utilizarse para ello es el del empleo, es decir, el de la relación de trabajo entre el trabajador y su empresario; (iii) porque el sistema de carrera diseñado por la Universidad tiene por objeto incentivar la progresión profesional y retribuir la calidad del trabajo, la experiencia y conocimientos adquiridos, y el cumplimiento de los fines y objetivos de la Universidad, reconociendo y tomando en cuenta, para ello, la actividad previa y los méritos contraídos en el desempeño profesional del personal; y, (iv) porque la circunstancia de que el sistema de carrera y sus consecuencias estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo no puede enervar la conclusión de que ese sistema presenta una





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

vinculación con la relación de servicios entre un trabajador y su empleador -puntos 41 a 54-.

2.º) que ante la evidente diferencia de trato que establece el sistema de carrera diseñado entre, por un lado, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, ello en la medida que excluye a los segundos de la carrera profesional horizontal que reserva para los primeros, será preciso examinar si la situación de unos y otros son comparables y si, en tal caso, existe una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, que justifique la diferencia de trato observada. -puntos 55 a 76-".

También recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 que, a este respecto, el Tribunal de Justicia afirma:

"a) que para la comparación entre ambos tipos de trabajadores habrá que partir (i) del concepto de "trabajador con contrato de duración indefinida comparable" de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70, caracterizado por realizar un trabajo idéntico o similar en el mismo centro de trabajo y tomando en consideración su cualificación y las tareas que desempeña; (ii) de que para precisar si se realiza un trabajo idéntico o similar deberán comprobarse factores como los citados en las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1 -naturaleza del trabajo, condiciones laborales y de formación-;

b) que si de esa comparación resulta que el único elemento diferenciador es la naturaleza temporal de la relación que vincula al trabajador con su empleador, deberá comprobarse si existe causa objetiva para ello, estableciendo a tal fin los siguientes parámetros: (i) que el concepto de "razones objetivas" de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de referencia, no permite justificarlo y apreciar la existencia de causa objetiva por el simple hecho de que la diferencia está apoyada en una norma nacional abstracta y general, como una ley o un convenio colectivo. Si eso fuera suficiente se privaría de contenido a los objetivos de la Directiva pues, en lugar de mejorar las condiciones de trabajo y promover la igualdad, se perpetuaría el mantenimiento de la situación desfavorable unida a la contratación de duración determinada; (ii) el concepto "razón objetiva" requiere que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de



elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, a fin de verificar si responde a una necesidad auténtica que permita alcanzar el resultado perseguido y resultando indispensable para ello --en particular, la especial naturaleza de las tareas encomendadas al personal de duración determinada, las características inherentes a ellas, la consecución de objetivos legítimos de política social--".

Con base en dichos argumentos y los que a continuación se exponen la STS de 6 de marzo de 2019, en su fundamento de derecho quinto, siguiendo la línea de las anteriormente mencionadas, considera discriminatoria la diferencia de trato entre el personal fijo y el temporal en lo relativo a la carrera profesional, en los siguientes términos:

"Sobre la cuestión que para la Sección Primera reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ya hemos tenido la ocasión de pronunciarnos en nuestra sentencia nº 1796/2018, de 18 de diciembre (casación nº 3723/2017). Aunque entonces se suscitó a propósito del personal estatutario no fijo de los Servicios de Salud, habida cuenta de la semejanza que existe entre el régimen jurídico que para ellos sienta, en el aspecto controvertido, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, con el que contiene el Estatuto Básico del Empleado Público, entendemos que las conclusiones allí alcanzadas son trasladables a este litigio en el que se trata de personal funcionario interino y laboral temporal de la Administración de las Islas Baleares.

Por tanto, a continuación, recogeremos los argumentos que nos llevaron a considerar que la carrera profesional forma parte de las condiciones de trabajo y que, en consecuencia, no procede excluir de ella al personal no permanente que se encuentra en la situación de las recurrentes. Y concluiremos, también, con la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia y la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Al proceder de este modo, observamos, al igual que en los recursos de casación nº 1805 y 4336/2017, deliberados y votados en la misma fecha que éste, los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica.

En efecto, en aquella ocasión recordamos, en lo que ahora importa, que, según el artículo 16 del Estatuto Básico del Empleado Público "los funcionarios de carrera tendrán





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

derecho a la promoción profesional" y que la carrera profesional es "el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad" y que la carrera profesional horizontal consiste "en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto". Observábamos que, a tal efecto, de acuerdo con el artículo 17 b), siempre del Estatuto Básico, se debían valorar "la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño", si bien se podrían incluir también "otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida". Asimismo, evocábamos que (artículo 20.3) las Administraciones Públicas "determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto".

Y, teniendo en cuenta que se debatía sobre el derecho a la carrera profesional de personal estatutario interino de larga duración, advertíamos que seguíamos el criterio fijado por la Sección Séptima de esta Sala en la sentencia de 30 de junio de 2014 (casación nº 1846/2013), con arreglo a la cual este tipo de personal no puede ser excluido de la carrera profesional.

En particular, manifestamos:

"En la referida sentencia de 30 de junio de 2014, resaltando las razones de la no contradicción de las previamente dictadas de 23 de mayo de 2011 (casación 4881/2008), de 18 de febrero de 2013 (casación 4842/2011), de 18 de febrero y 29 de febrero de 2012 (casación 1707 y 3744/2009), y de 21 de marzo de 2012 (casación 3298/2009), alguna de las cuáles son opuestas en este recurso por la parte recurrida, admitimos el derecho a la carrera profesional de los estatutarios interinos de larga duración con base (i) en la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de Julio, que considera que serían aquellos que mantienen con la Administración una relación temporal de servicios que supera los cinco años (fundamento de derecho 3º); (ii) en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011 (asunto C- 177/2010), que al resolver una cuestión prejudicial en torno a la Directiva 1999/70/CE, exige que se excluya toda diferencia de



trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente; (iii) y en la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2004 que insiste, considerando también la Directiva 1999/70/CE, en que "toda diferencia de tratamiento debe estar justificada por razones objetivas, sin que resulte compatible con el artículo 14 CE un tratamiento, ya sea general o específico en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo, que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida".

QUINTO.- De la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo expuestas se deduce que resulta discriminatorio, y vulnerador del artículo 14 de la Constitución española, excluir al personal temporal y sustituto del reconocimiento del grado inicial, estando fundado el motivo denegatorio exclusivamente en el carácter temporal de su vinculación.

En efecto, si bien la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refieren concretamente al personal interino, sin embargo los argumentos esgrimidos respecto al mismo son extrapolables al personal sustituto, porque también en este caso el trato diferente se funda en que su vínculo no ostenta el carácter de fijeza, estando en presencia igualmente de "condiciones de trabajo" que no han de merecer trato distinto, de modo que también en este caso se vulnera el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución, ya que las invocadas no pueden considerarse justificación objetiva y razonable para aquel trato dispar.

Lo mismo cabe decir de la exclusión del personal temporal del régimen transitorio y extraordinario que se recoge en el apartado 14 del Acuerdo, pues las razones de restricción presupuestaria, derivadas de la crisis económica, tampoco constituyen justificación razonable para aquella exclusión, ya que la deficiente situación económica también afecta a quienes han venido prestando sus cometidos profesionales en el ámbito del Sergas.

En dicha problemática del personal estatutario interino y del personal no fijo, en relación con el acuerdo impugnado, se incide tanto en el informe de 11 de julio de





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

2018 de la asesoría jurídica del Sergas, como el de la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas. En el primero de ellos ya se advertía que sobre este particular estaban pendientes de interpretación jurisprudencial diversas cuestiones relativas a la posibilidad de establecer diferencias de trato entre el personal estatutario interino y el personal fijo, suscitándose dudas acerca de si esas diferencias pueden suponer un trato discriminatorio no justificado, a los efectos de la Directiva 1999/70/CE, mencionando incluso la STS de 30 de junio de 2014, de la que, como hemos visto antes, parten las STS de 18/12/2018 y 6/3/2019. Cita en concreto el recurso de casación 4243/2017, admitido a trámite por auto del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2018, que, pese a no haber sido todavía decidido, verosíblemente se puede augurar que tendrá igual resolución que las antes mencionadas, porque el objeto de interés casacional es el mismo, por lo que es lógico que en aquel informe de 11 de julio de 2018 se advierta que es posible que, pese a la redacción del acuerdo, el pago del complemento de carrera deba extenderse también al personal interino, en términos análogos al reconocido al personal fijo, extendiendo la misma advertencia respecto al régimen transitorio y excepcional de encuadramiento previsto en el apartado 14 del acuerdo.

Por las razones expuestas, apreciándose, en los términos en que ha sido planteado el litigio, trato discriminatorio, derivado de la exclusión del personal sustituto y eventual del sistema de promoción horizontal, procede estimar el recurso planteado.

SEXTO. - Al estimarse el recurso deben imponerse a la parte demandada las costas procesales, de conformidad a las previsiones del artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa; en aplicación de lo dispuesto en el indicado precepto legal se limita la suma reclamar en concepto de gastos de defensa de la parte demandante a la cantidad de 1.500 euros.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la **Asociación de Facultativos Especialistas de Área de Galicia (AFEAGA)** contra Orden de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, de fecha 20 de julio de 2018, por la que se hace público el Acuerdo, de 6 de julio anterior, por el que se establecen las bases de la



carrera profesional en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y entidades adscritas a esta Consellería y a dicho organismo.

En consecuencia, con estimación de la demanda rectora, se anulan, por contrarios al ordenamiento jurídico, los siguientes extremos del Acuerdo recurrido:

. La exclusión de ámbito de la carrera profesional, que se contiene en el apartado 5.b), respecto del personal eventual y sustituto del SERGAS.

. La limitación contenida en su apartado 6, grado inicial, referida a "Estructura de Grados, que establece: *"Grado inicial: Podrá acceder el personal fijo de la categoría y el personal estatutario interino en plaza vacante o fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal"*. Así como la creación de un grado inicial que pueda suponer un retraso del reconocimiento de carrera profesional superior a cinco años de servicios prestados. Con su consiguiente connotación respecto del apartado 7.

Apartado 10 en lo relativo al exclusivo reconocimiento para el personal fijo del acceso y progresión de grados dentro del sistema transitorio de encuadre.

Apartado 14. Régimen transitorio y excepcional de encuadramiento, cuyo tercer párrafo, en relación al personal estatutario fijo, señala: *"Podrá participar en este proceso el personal estatutario fijo del Servicio Gallego de Salud y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo que en esta fecha reúnan los siguientes requisitos:..."*.

Apartado 15. Otras cláusulas, punto 6, que dispone: *"En dicha convocatoria (2020) el personal que hubiere alcanzado la condición de fijo del Servicio Gallego de Salud o entidades adscritas antes del 31 de diciembre de 2011, y que en el momento de esa primera convocatoria sea personal estatutario ..."*.

Condenar a la Administración demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a incluir en el ámbito de





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

aplicación de la Orden atacada a todo el personal vinculado al SERGAS con los requisitos de permanencia y servicios previos establecidos, sin diferenciación por razón de la naturaleza o duración del vínculo.

Imponer las costas procesales a la parte demandada en los términos y con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento de Derecho Sexto.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0308-18), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

Asinado por: FERNANDEZ CONDE, MARIA BLANCA
Data e hora: 09/12/2019 14:13:19

Asinado por: SECANE PESQUEIRA, FERNANDO
Data e hora: 04/12/2019 14:14:11

Asinado por: LOPEZ GONZALEZ, BENIGNO
Data e hora: 04/12/2019 10:16:19

