



Roj: STSJ CV 4092/2015 - ECLI:ES:TSJCV:2015:4092
Id Cendoj: 46250330022015100527
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valencia
Sección: 2
Nº de Recurso: 66/2015
Nº de Resolución: 803/2015
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ALICIA MILLAN HERRANDIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

DERECHOS FUNDAMENTALES - 000066/2015

NIG. 46250-45-3-2014-0004673

SENTENCIA N° 803/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN 2

Iltrmos. Sres:

Presidenta

D^a ALICIA MILLÁN HERRANDIS

Magistrados

D MIGUEL SOLER MARGARIT

D RICARDO FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO

En VALENCIA a veintiuno de diciembre dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el recurso contencioso-administrativo nº 66/15, interpuesto por la procuradora doña Ana García Darias, en representación de Asociación de interinos (IGEVA), contra el Decreto 186/14 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, habiendo sido parte en autos la actora y como demandada La Generalitat Valenciana que ha comparecido representada y asistida por Abogado de su Abogacía General, comparece el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el Recurso y seguidos los trámites previstos en la Ley, se emplazó a la parte demandante al objeto de que formalizara su escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, solicitando se dictara Sentencia declarando la nulidad por no ser ajustado a derecho los artículos citados del Decreto recurrido.

SEGUNDO.- Por la parte demandada se contestó a la demanda mediante escrito en el que se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de las resoluciones objeto del mismo, por estimarlas ajustadas a derecho. El Fiscal solicitó la estimación del recurso.

TERCERO.- Se acordó el recibimiento del proceso a prueba practicándose la propuesta, se formularon conclusiones, y quedaron los autos señalados para deliberación y fallo el 27 de octubre de 2015, si bien en dicha fecha se dictó Providencia para oír a las partes por 15 días sobre la procedencia de plantear una cuestión

prejudicial interpretativa del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . Todas las partes efectuaron alegaciones que obran incorporadas a los Autos.

CUARTO.- Se volvió a deliberar y votar el 15 de diciembre de 2015.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo ponente la magistrada Doña ALICIA MILLÁN HERRANDIS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso, interpuesto por la Asociación de Interinos de la Comunidad Valenciana, lo constituye el Decreto 186/14 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. En concreto se postula la nulidad de los art. 1 , 3 , 5 , 7 , 11.1 y 18 así como las disposiciones adicionales primera y segunda y la disposición transitoria primera.

Se impugna igualmente los art. 1 y 2 de la Orden 19/2014, de 12 de noviembre, de la Consellería de Hacienda y la Administración Pública, por la que se regula el procedimiento electrónico para el acceso al sistema de carrera profesional horizontal.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación de la Asociación podemos resumirlos del siguiente modo.

El Decreto impugnado vulnera los art. 9 y 14 de la Constitución al establecer un trato discriminatorio entre el personal funcionario de carrera de la Generalitat y el personal funcionario interino. Viola la ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la ley 10/2010 de 9 de julio de la Generalitat de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, ya que este Decreto circunscribe la carrera profesional al cuerpo y no al funcionario y a su trayectoria profesional.

A su juicio el Decreto infringe la directiva 1999/70 del Consejo de 28 de junio de 1999, sobre trabajo de duración determinada y alude a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/2005, caso del Cerro Alonso contra el servicio vasco de salud). También cita la sentencia del mismo tribunal de 8 de septiembre de 2011 (asunto c-177/2010), que declara que la directiva 1999/70 CE se aplica a la relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público; además, exige que se excluya toda diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos de un estado miembro basada en el mero hecho de que estos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cita la sentencia de 30 de junio de 2014, recurso de casación 1846/2013 , por la que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la sentencia que anuló la disposición adicional segunda del Decreto Autonómico 43/2009 , que excluía a los estatutarios sanitarios interinos de larga duración de percibir el complemento de carrera profesional.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de contestación a la demanda concluye, que los preceptos de las disposiciones impugnadas vulneran el art. 14 de la Constitución , pues la temporalidad no puede ser un factor que permita una reducción o menoscabo del derecho de los trabajadores.

CUARTO.- La Generalitat Valenciana en su escrito de contestación destaca en primer término que los preceptos del Decreto 186/2014, impugnado abarcan dos temas diferentes:

- El derecho al acceso a la carrera profesional exclusivamente respecto a personal funcionario de carrera.

- El tratamiento concreto que se da a quienes hubieran promocionado de grupo. En relación con este segundo la demanda nada dice pues se limita a enunciarlo en el hecho sexto.

Sigue diciendo, que existe falta de fundamento de la demanda en relación con la Orden 19/2014, y además se trata de una disposición instrumental que regula el procedimiento electrónico para el acceso a la carrera profesional por lo que nada añade a las previsiones del Decreto impugnado.

Sobre el fondo, argumenta, tras referirse a los art. 16, 17, 10 y 25 del Estatuto Básico del Empleado Público, que este último precepto excluye expresamente de la retribuciones del personal interino las ligadas a la progresión dentro de la carrera profesional del art. 24.a) de dicha ley.

En el mismo sentido el funcionario interino no podrá percibir el complemento de carrera administrativa de conformidad con la ley 10/2010 Valenciana de la Función Pública que solo contempla la posibilidad de percibir el complemento del puesto de trabajo, pero no el complemento de carrera administrativa.

Para la Generalitat, el Decreto da cumplimiento a las previsiones del EBEP, así como de la LOGFPV, por lo que si la Sala considera que dicho Decreto vulnera los art. 9 y 14 de la Constitución debería plantear una cuestión previa de inconstitucionalidad de las citadas leyes ante el Tribunal Constitucional.

Y sobre la cuestión principal de la demanda -vulneración por la normativa española- de la directiva 1999/70/CE junio- sostiene que nos encontramos ante un supuesto de trato diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos que se justifica por razones objetivas. Se trata de un concepto retributivo vinculado a la formación que persigue incentivar al funcionario de carrera en el conocimiento experto. Sigue diciendo que para la gestión de la carrera profesional se valora la actuación del personal, empleado público: su trayectoria, y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos, su implicación con la organización y sus objetivos y fines.

Solicita la desestimación del recurso, o en otro caso la Sala deberá plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, prevista en el art. 19.3 b del tratado de la unión europea y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la unión europea , para someter a la consideración del tribunal la posible contradicción entre el EBEP y la LOGFPV y el decreto impugnado, y el derecho comunitario, esto es la aplicación de la directiva 1999/70/ce del Consejo de 28 de junio relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

QUINTO.- Las normas legales españolas que se refieren a la carrera administrativa, y que aquí interesan, son las siguientes: Ley 7/2007, de 12, de abril EBEP.

"Artículo 16 Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera

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.

A tal objeto las Administraciones Publicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades:

1. a) Carrera horizontal, que 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.

(...)

4. Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito."

"Artículo 17 Carrera horizontal de los funcionarios de carrera. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas:

a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá 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."

En cuanto a retribuciones vinculadas a la carrera profesional dispone el artículo 24 (Retribuciones complementarias) que:

"La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.

b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.

c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo."

El artículo 10.5 del EBEP relativo a los funcionarios interinos dispone que:

"A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera."

Dicha previsión general se concreta en cuanto a retribuciones en el artículo 25 que regula las retribuciones de los funcionarios interinos:

"1. Los funcionarios Interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b), e) y d) del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.

2. Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo."

La Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (en adelante LOGFPV), sobre esta cuestión dispone lo siguiente:

"Artículo 114 Promoción profesional del personal funcionario de carrera. Concepto y principios:

1. El personal funcionario de carrera tiene derecho a la promoción profesional mediante un conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso que deberán respetar los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad."

"Artículo 115 Modalidades de la promoción profesional del personal funcionario de carrera.

La promoción profesional del personal funcionario de carrera se llevará a cabo mediante la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) Carrera horizontal, consistente en la progresión profesional a través de un sistema de grados, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

"Artículo 117 Carrera horizontal del personal funcionario de carrera desarrollo profesional alcanzado por el personal funcionario de carrera como consecuencia de la valoración de su trayectoria y actuación profesional, de la calidad de los trabajos realizados, de los conocimientos adquiridos y del resultado de la evaluación del desempeño, así como de aquellos otros méritos y aptitudes que puedan establecerse reglamentariamente por razón de la especificidad de la función desarrollada y de la experiencia adquirida.

2. A tal objeto, reglamentariamente se establecerá un sistema de grados de desarrollo profesional, regulándose los requisitos y la forma de acceso a cada uno de los grados, así como las retribuciones asignadas a los mismos. Con carácter general, la progresión será consecutiva.

3. El grado de desarrollo profesional alcanzado por el personal funcionario de carrera será irreversible, sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación del régimen disciplinario para la sanción de demérito.

En cuanto a retribuciones vinculadas la carrera profesional dispone el artículo 74 (Conceptos retributivos) que:

"1. Las retribuciones que pueden percibir las y los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias.

Y el artículo 76 (Retribuciones complementarias) concreta:

"Las retribuciones complementarias son las que retribuyen la carrera administrativa, las características de los puestos de trabajo, el resultado de la actividad profesional, así como los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Las retribuciones complementarias consistirán en:

a) El complemento de carrera administrativa que dependerá de la progresión alcanzada por el personal, funcionario dentro del sistema de carrera horizontal establecido"

b) El complemento del puesto de trabajo que, a su vez, se desglosa en los siguientes componentes:

1. Competencial, destinado a retribuir la dificultad técnica y la responsabilidad que concurren en los puestos de trabajo.

2. De desempeño, destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo, así como la dedicación e incompatibilidad exigible para su desempeño.

(...)"

Art 79.1 (Retribuciones del personal funcionario interino) dispone que:

"El personal funcionario interino percibirá las retribuciones básicas del grupo o subgrupo de adscripción o de las agrupaciones profesionales funcionariales, así como las pagas extraordinarias por los conceptos retributivos que le corresponden. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias del puesto de trabajo y, cuando proceda, las de actividad profesional, así como las retribuciones por servicios extraordinarios."

SEXTO.- Por tanto la regulación del Decreto 186/2014, de 7 de noviembre, de la Generalitat, al establecer la carrera profesional horizontal que supone el reconocimiento individualizado del desarrollo profesional alcanzado por el personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat, se ajusta a las previsiones del EBEP, y de la ley 10/10 de la Generalitat, y ningún reproche legal por contravenir el derecho interno se le puede efectuar, por la exclusión de los funcionarios interinos de la carrera profesional.

Tampoco la regulación legal, dado que se trata de diferentes categorías de empleados públicos, vulnera en principio el art. 14 de la CE y ello desde una perspectiva estrictamente constitucional no comunitaria.

Cuestión distinta, y que es a la que debemos dar respuesta, es si existen razones objetivas de acuerdo con la Directiva 1999/70, que justifiquen las diferencias entre las retribuciones por carrera profesional de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos cuando estos últimos cuenten al menos con una antigüedad de 5 años.

Sobre la aplicación directa por los tribunales españoles del derecho comunitario, el TC en su sentencia de 5/noviembre/2015, recaída en el recurso de amparo 1709/2013 , recuerda en su fundamento de derecho quinto:

"a) Que dejar de aplicar, una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7 ; 212/2014, de. 18 de diciembre, FJ 3 , y 99/2015, de 25 de mayo , FJ 3).

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio , FFJJ 5 y 6).

Efectivamente, este Tribunal ya ha declarado que "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, 314-316/81 y 83/82 , Rea 1982 p. 4337)... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que "los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a

los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno" (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn , antes citada, apartado 16 , y de 5 de marzo de 1996 , asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional, incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec p. 629, apartado 24 ; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09 , apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcertado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70 , Rec p. 1125, apartado 3 ; y de 16 de diciembre de 2008, asunto Michaniki (C-213/07 , Rec p. I-9999, apartados 5 y 51)]" (STC 145/2012, de 2 de julio , FJ 5).

SÉPTIMO.- La Sección mediante Providencia de fecha 27 de octubre de 2015, acordó la suspensión del plazo para dictar sentencia a fin de oír a las partes sobre posible planteamiento de cuestión prejudicial con el resultado que obra en autos.

Para la Asociación recurrente existe suficiente doctrina jurisprudencial del TJUE, así como del TS y del TC, aplicable al caso que nos ocupa, en la que se hace una interpretación exhaustiva del tratamiento que se da en la Cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP al trabajo de duración determinada, y de la vulneración de este principio de no discriminación por razón de la temporalidad, única y exclusivamente por razones objetivas. Siguen diciendo que el planteamiento de la cuestión prejudicial, supondría una dilatación innecesaria del procedimiento, con el consiguiente incremento, también innecesario, de asuntos a tratar por el TJUE, al tener la Sala suficientes Sentencias, en algunos casos recaídas como consecuencia de la elevación al TJUE de cuestiones prejudiciales referidas a la cláusula 4 del Acuerdo marco que nos ocupa. Es decir, la Sala dispone de los suficientes criterios interpretativos, así como jurisprudencia aplicable al caso que nos ocupa, para dictar sentencia al respecto.

El Fiscal informó que el art. 4 permite la aplicación directa del complemento de carrera profesional al funcionario interino, por lo que no es necesario plantear cuestión prejudicial interpretativa.

La Generalitat se remitió a su demanda.

OCTAVO.- EL Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, y, más concretamente sus cláusulas 1, 2, 3 y 4, disponen.

"Objeto (cláusula 1).

El objeto del presente Acuerdo marco es:

- a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;
- b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

"Ámbito de aplicación (cláusula 2)

1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
- b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos."

" Definiciones (cláusula 3).

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por:

1. "trabajador con contrato de duración determinada" el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. "trabajador con contrato de duración indefinida comparable" un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales."

" Principio de no discriminación (cláusula 4).

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.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicara el principio de prorrata temporis.

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y la prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos, para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".

NOVENO.- Analizaremos en este fundamento de derecho los precedentes jurisprudenciales del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo.

En primer termino conviene recordar que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional (véanse, en este sentido, la sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, el auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana), una vez expiado el plazo para su transposición y ante la ausencia, insuficiencia o deficiencia en su adaptación.

El Tribunal de Justicia también ha declarado que "la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público" (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, y de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04), y ha afirmado que en la Directiva se establecen unas disposiciones protectoras mínimas para "evitar la precarización de la situación de los asalariados", un resultado que deben asegurar las autoridades de los Estados miembros "incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público" (Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06 .)

Lo anterior supone el respeto del principio de no discriminación con los empleados fijos de la cláusula 4,1 del Acuerdo Marco, cuestión que ha suscitado problemas en aquellos sistemas que excluyen del Derecho del Trabajo al empleo público, y en los que la transposición de la Directiva se ha realizado a través de reformas de la legislación laboral no acompañadas de medidas paralelas en la legislación de la función pública.

Así ha ocurrido en España, donde esa transposición se realizó sólo para los contratos de trabajo mediante la reforma del Estatuto de los Trabajadores en 2001 y en relación con la igualdad de trato en materia de trienios mucho más tarde, por el art. 25.2 de la Ley la Ley 7/2007 de 12 de Abril del Estatuto Básico del Empleado Público , (la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro e Iglesias, C-444/09 y C- 456/09, la ha considerado norma de transposición de la Directiva aunque el legislador haya incumplido su deber de declararlo así).

La Sentencia del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007, (C-307/05), ha desarrollado la doctrina fundamental sobre la interpretación de la citada cláusula 4,1. La ha considerado una expresión del principio general de no discriminación, ha entendido que no puede ser interpretada restrictivamente y que persigue

que los trabajadores temporales gocen de las mismas ventajas que los trabajadores fijos comparables "salvo que esté justificado. Un trato diferenciado por razones objetivas» y ha estimado irrelevante que el empleo presentase elementos que caracterizan a la función pública. La Sentencia del Cerro Alonso ha afirmado, además, que la remuneración, incluida una prima de antigüedad como el trienio, es una condición de trabajo a efectos de interdicción de discriminación, y que el Acuerdo marco, de aplicación directa frente a la Administración Pública, puede fundamentar la pretensión de un empleado con un contrato de duración determinada de que se le aplique un trienio o prima de antigüedad reservado únicamente a los trabajadores fijos por el Derecho nacional.

Esa doctrina se ha confirmado en jurisprudencia posterior, buena parte de ella sobre asuntos españoles (Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro e Iglesias, C-444/09 y C-456/09; Auto de 18 de marzo de 2011 Montoya Medina, C-273/10 ; Sentencia de. 8 de septiembre de 2011 Rosado Santana, C-177/10 ; Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11 , Sentencia de 9 de julio de 2015, C-177/14 , que reconoce el abono de trienios al personal eventual).

En relación con los complementos retributivos por formación permanente, esto es retribuciones complementarias, el Tribunal de Justicia en su Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11), declaro:

"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."

Por su parte el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2014, recurso de casación 1846/2013 , declaro no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la sentencia que anuló la disposición adicional segunda del Decreto Autonómico 43/2009 , que excluía a los estatutarios sanitarios interinos de larga duración de percibir el complemento de carrera profesional, razonando en su fundamento de derecho séptimo:

"En efecto, la de 18 de febrero de 2013 (casación 4842/2011) recogió y siguió los criterios sentados antes por las sentencias de 18 de febrero y 29 de febrero (casación 1707 y 3744/2009) y 21 de marzo (casación 3298/2009), siempre de 2012 , en forma coincidente con la de 23 de mayo de 2011 (casación 4881/2008). Y de ellas resulta, tal como dice la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la legalidad de vincular el desarrollo de la carrera profesional al personal estatutario fijo.

Ahora bien, esas sentencias se dictaron en procesos en los que se examinaban normas reglamentarias y acuerdos autonómicos anteriores y, desde luego, no consideraron el supuesto de los interinos o temporales de larga duración en el que se centra la sentencia aquí combatida. Esta circunstancia ya es suficiente para descartar que se haya contrariado o infringido la jurisprudencia recogida en ellas.

Pero es que, además, en la sentencia de 29 de abril de 2013 (recursos 226 y acumulado 287/2012), siguiendo la de 28 de diciembre de 2012 (cuestión de ilegalidad 1/2012, consideramos contraria a la Directiva 99/70/CE la exclusión del componente de antigüedad de las retribuciones de los magistrados suplentes y jueces sustitutos. Y reiteramos que no estaba justificaba esa diferencia de trato ya que no descansa en la naturaleza de las tareas realizadas y la temporalidad de la relación de servicio no es por sí sola una razón objetiva de las que la Directiva y el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que incorpora entienden suficiente para hacer el trabajo aceptable el distinto régimen establecido. Consideraciones éstas que, pese a la diversa actividad profesional del personal estatutario y de los jueces sustitutos y magistrados suplentes, se pueden traer aquí porque en ambos casos estamos ante el ejercicio por personal de nombramiento temporal a lo largo de períodos prolongados, de funciones idénticas a las que desempeña el de carrera o fijo.

En fin, la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2004 insiste , considerando también la Directiva 99/70/CE, en que "toda diferencia de tratamiento debe estar justificada por razones objetivas, sin que resulte compatible con el art. 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".

DÉCIMO.- Para la asociación de interinos recurrente la exclusión de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana con mas de 5 años de antigüedad desempeñando las mismas funciones o de análoga naturaleza que quienes tiene la condición de funcionario de carrera, ocupando la misma plaza, dentro del mismo servicio o unidad administrativa, del sistema de evaluación de GDP, viola la Directiva, pues la única justificación para su exclusión es la del carácter temporal de sus nombramientos.

El objeto de debate de este procedimiento se refiere a la carrera profesional horizontal, que se desarrolla sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y valorándose el rendimiento evaluado y acreditado. De esta forma el artículo 5 del Decreto define, la carrera profesional horizontal como: " el reconocimiento individualizado del desarrollo profesional alcanzado por el personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, como consecuencia de la valoración de su trayectoria y actuación profesional y de los conocimientos adquiridos y transferidos."

Por su parte el artículo 6 establece cuatro grados, más el grado de acceso que no conlleva retribución.

El derecho de acceso al sistema de carrera horizontal nace en el momento de la adquisición de la condición de funcionaría o funcionario de carrera en un determinado cuerpo o agrupación profesional funcional de la Administración de la Generalitat. Y de acuerdo con su artículo 9, para solicitar el ascenso al GDP superior se requerirá un tiempo mínimo de ejercicio profesional, continuado o interrumpido, en el GDP inmediatamente inferior, así como la obtención de la puntuación mínima establecida, en cada caso en la valoración específica que se requiera para acceder al concreto GDP, según el grupo o subgrupo de clasificación profesional, de acuerdo con el presente decreto y la normativa de desarrollo. El artículo 10 exige un tiempo mínimo de permanencia en el GDP, para solicitar la valoración de los méritos del GDP superior y que se concreta en 5 años en el GDP de acceso y GDP I, y 6 años en el GDP II y III.

Los artículos 12 y 13 fijan las áreas de valoración de los subgrupos A1 y A2 y grupo B y subgrupos C1 y C2 y agrupaciones profesionales.

1. Área A. Cumplimiento de objetivos:

2. Área B. Profesionalidad en el ejercicio de las tareas asignadas:

se valorará la competencia en el desarrollo de las tareas asignadas, así como el desempeño efectivo de las mismas.

3. Área C. Iniciativa y contribución para la mejora de la prestación del servicio público.

4. Área D. Desarrollo de conocimientos: se valorará la formación recibida relacionada con la práctica profesional.

5. Área E. Transferencia de conocimientos: se valorará la participación y colaboración en la docencia, así como la participación y colaboración en la investigación y en la innovación en materias relacionadas con las funciones desempeñadas.

Artículo 18. Complemento de carrera administrativa

"1. El reconocimiento del grado de desarrollo profesional en el sistema de carrera horizontal conllevará la percepción mensual, desde el 1 de enero de 2015, del complemento de carrera administrativa previsto en el artículo 76.a de la LOGFPV."

UNDÉCIMO.- Partiendo de la jurisprudencia citada anteriormente la sección considera que no resulta preciso el planteamiento de cuestión prejudicial al existir precedentes claros del Tribunal de Justicia en cuanto a la interpretación y alcance de la cláusula 4 apartado 1 del Acuerdo Marco.

La figura del funcionario Interino prevista en el art. 10 del EBEP , ahora en el mismo artículo del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, para justificadas razones de necesidad y urgencia en supuestos tasados y de corta duración, se desnaturaliza por la administración cuando bajo esta modalidad de empleo publico se permanece 5 años o más, periodo este que el TC considero para calificarlos como "interinos de larga duración". El Decreto contempla precisamente un mínimo de 5 años para optar al grado si bien exige tener la condición de funcionario de carrera.

La administración sostiene que nos encontramos ante un supuesto de trato diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos que se justifica por razones objetivas. Se trata de un concepto retributivo vinculado a la formación que persigue incentivar al funcionario de carrera en el conocimiento experto. Sigue diciendo que para la gestión de la carrera profesional se valora la actuación del

personal, empleado público: su trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos, realizados, los conocimientos adquiridos, su implicación con la organización y sus objetivos y fines.

En el informe emitido por la Abogacía de la Generalitat, informe que obra en el expediente en la carpeta archivo 02, folios 111- 118, y que se emitió como informe preceptivo en la elaboración del 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, alega para justificar la exclusión del personal funcionario interino, el carácter temporal de su relación laboral.

Por tanto el complemento de carrera profesional constituye un complemento salarial cuya concesión depende de la duración de los períodos de servicios prestados, como los trienios, y de haber cumplido una serie de objetivos.

Pues bien, como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Del Cerro Alonso, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias torres, el auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana, antes citadas. Doctrina aplicada por el TC en su sentencia 104/2004 y por el TS, entre otras, en su sentencia de 30/junio/2014 .

A este respecto, procede recordar que el concepto de "trabajador con contrato de duración indefinida comparable» se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña» (auto Montoya Medina).

Para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable (auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana).

Al funcionario interino no se le exige para ser nombrado cualificaciones académicas o una experiencia distinta de la exigida al funcionario de carrera. Antes al contrario, ejercen idénticas funciones y están sometidos a las mismas obligaciones, pudiendo el funcionario interino obtener el cumplimiento de los objetivos fijados en el Decreto autonómico para obtener el GDP.

En definitiva los funcionarios interinos y los de carrera de la GV, habida cuenta de la definición del concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable recogido en la cláusula 3 apartado 2, del Acuerdo marco, se advierte por esta sección se hallan en una situación comparable.

Por último, en cuanto a la posible existencia de una razón objetiva que justifique la exclusión de los funcionarios interinos del derecho al complemento de carrera profesional, cabe recordar que debe entenderse que el concepto de "razones objetivas» que figura en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que ésta esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias, antes citadas, Del Cerro Alonso, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres,; auto Montoya Medina, antes citado, y sentencia Rosado Santana).

El referido concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas, para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (sentencias, del Cerro Alonso y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, el Auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana,).

La referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, auto Montoya Medina, y sentencia Rosado Santana).

En efecto, 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. 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 Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, y auto Montoya Medina).

DUODÉCIMO.- En cuanto al alcance de la estimación de esta demanda, debemos circunscribir por lo razonado, exclusivamente a la percepción del complemento retributivo de carrera profesional a los interinos de la GV, cuando concurren en los mismos las permanencias previstas en el art. 10 del Decreto y alcancen la valoración positiva de los objetivos fijados en los artículos 12 y 13.

Tiene razón la GV en lo que se refiere a la Orden 19/2014, pues se trata de una disposición instrumental que regula el procedimiento electrónico para el acceso a la carrera profesional, por lo que nada añade a las previsiones del Decreto impugnado.

Por su parte la regulación del art. 11 del Decreto, tratamiento concreto que se da a quienes hubieran promocionado de grupo, plantea a la sala dudas la legitimación de la Asociación de interinos, y en cualquier caso en relación con este precepto la demanda nada dice sobre vulneración de algún derecho fundamental, por lo que ningún pronunciamiento se efectuó en relación con el mismo.

Tratándose de una estimación parcial y a la vista de la complejidad de la cuestión planteada no se efectuó pronunciamiento expreso en relación con las costas.

FALLO.

Estimar parcialmente el recurso 66/2015, interpuesto por la Asociación de Interinos de la GV contra el Decreto 186/14 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, declarando la nulidad de los art. 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.

Sin Costas.

La presente Sentencia no es firme y contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de DIEZ días y en la forma que previene el art. 89 de la LJCA .

A su tiempo, con certificación literal de la presente sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Centro de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de la fecha por la Iltra. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando constituido el Tribunal en audiencia pública, de lo que como Secretaria de éste, doy fe.