

Id Cendoj: 15030330012009100865  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Coruña (A)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 605/2008  
Nº de Resolución: 706/2009  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: MARIA DOLORES GALINDO GIL  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

FUNCION PUBLICA

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00706/2009

PONENTE: D<sup>a</sup> MARIA DOLORES GALINDO GIL

RECURSO: RECURSO DE APELACION 605/2008

APELANTE: Gines

APELADO: SERVICIO GALEGO DE SAUDE

EN NOMBRE DEL REY

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

**SENTENCIA**

Ilmos./as. Sres./as. D./D<sup>a</sup>

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

MARIA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA, veintiuno de Julio de dos mil nueve.

En el RECURSO DE APELACION 605/2008 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. Gines , dirigido por el letrado

don FABIAN VALERO MOLDES, contra SENTENCIA de fecha treinta y uno de Julio de dos mil ocho dictada en el procedimiento PA 208/2008 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.2 de VIGO sobre RECONOCIMIENTO DE **TRIENIOS**. Es parte apelada el SERVICIO GALEGO DE SAUDE, representado por el LETRADO DEL SERGAS.

Es ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA DOLORES GALINDO GIL.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "desestimo el recurso contencioso- administrativo interpuesto por Gines contra la resolución del Director General de la División de Recursos Humanos e Desenvolvemiento Profesional del SERGAS, de fecha 24 de marzo de 2008, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la resolución del gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo, de fecha 2 de enero de 2008, que resuelve su solicitud en materia de reconocimiento de **trienios**; resolución que confirmo, al entenderla ajustada a Derecho. Sin costas".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN, los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y,

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 22/2008, de 31 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Vigo en autos de Procedimiento Abreviado número 208/2008, que desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por Don Gines contra resolución del Director General de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional del SERGAS de fecha 24 de marzo de 2008 desestimatoria de recurso de alzada formulado contra otra del Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo de 2 de enero de 2008 que resuelve solicitud en materia de reconocimiento de **trienios**.

SEGUNDO.- El recurrente, presta servicios en la Unidad de Hospitalización del Complejo Universitario de Vigo, en la categoría profesional de ATS/DUE, desde el día 1 de febrero de 2006 , en que la adquiere en propiedad.

Su vínculo con el SERGAS se remonta al año 1986, constriñendo el período litigioso al comprendido entre el día 27 de enero de 1997 y 31 de enero de 2006, en que teniendo plaza en propiedad en la categoría de Celador, se encontraba en situación especial en activo, esto es, fue vinculado por promoción interna temporal en una plaza de diplomada universitario.

La petición que le fue denegada por la Administración sanitaria y que combate en la instancia, se concreta en el reconocimiento de los **trienios** devengados en el período en que se encontraba en situación especial en activo vinculado a plaza de ATS/DUE, no por la cuantía correspondiente al grupo de origen como Celador, como le fueron abonados por la Administración sanitaria, sino en la cuantía correspondiente a la categoría de ATS/DUE que vino desempeñando.

La sentencia de instancia desestima su pretensión con base en las previsiones del *artículo 35 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre* que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que regula la denominada promoción interna temporal.

TERCERO.- Constatado que los motivos desarrollados en esta alzada por el Sr. Gines coinciden con los que se hicieron valer en la instancia y que fueron expresamente desestimados, se hace necesaria una primera reflexión relativa a la naturaleza jurídica del recurso de apelación sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia 11-3-1999, EDJ 1999/1584 , en los siguientes términos,

"QUINTO.- Los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso. Tal doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por esta Sala que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998 : "Las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior *art. 100 LJCA*, son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que se suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal de primera instancia si se entienden que se

adecúan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero y 17 de abril de 1998 )".

Siendo irrefutable que la sentencia de instancia motiva de forma suficiente la desestimación de la pretensión actora, los argumentos entonces empleados bastarían para operar la desestimación del presente recurso de apelación pues el recurrente se ha limitado a poner a cargo de la sentencia apelada las mismas críticas y reproches que, en la instancia, dirigió contra la actuación administrativa impugnada.

No obstante, entendiéndose necesario hacer una serie de matizaciones a ciertas afirmaciones del apelante pasamos a analizar los motivos articulados en esta alzada.

-En primer lugar, consta al expediente administrativo que, durante el período litigioso que reclama le sea reconocido como ATS/DUE a efectos de **trienios**, tenía plaza en propiedad por la categoría de Celador, pasando a la situación especial en activo en la categoría de ATS/DUE, al haber sido vinculado por promoción interna temporal a una plaza de tal categoría, siendo esta la situación real que conviene aclarar al inducir el propio recurrente a confusión cuando afirma que en dicho período se encontraba en servicios especiales.

La cuestión litigiosa planteada tiene unos exclusivos tintes jurídicos de modo que, no obstante, la extensa argumentativa que desarrolla el actor, es la normativa vigente, que contempla expresamente el supuesto de hecho, la que contiene su solución.

En efecto, tanto el *artículo 9 de la Ley 30/1999 de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud* y después el *artículo 35 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre*, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud cuando regula la denominada "promoción interna temporal", lo que establecen es que por necesidades del servicio y con carácter voluntario se puedan desempeñar funciones correspondientes a un nombramiento de grupo igual o superior, pero ello no supone en modo alguno que el personal estatutario pase a estar incluido en el grupo del puesto que desempeña, pues expresamente se establece que no da derecho a la obtención de un nuevo nombramiento.

El *artículo 35 de la Ley 55/2003*, en relación con la Promoción Interna Temporal, dispone que durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los **trienios**, que serán los correspondientes a su nombramiento original.

Dicho precepto debemos ponerlo en relación con el *artículo 63.3* del mismo texto legal, a tenor del cual, se mantendrán en la situación de servicio activo, con los derechos que en cada caso correspondan, quienes estén en comisión de servicios, disfruten de vacaciones o permisos o se encuentren en situación de incapacidad temporal, así como quienes reciban el encargo temporal de desempeñar funciones correspondientes a otro nombramiento conforme a lo previsto en el *artículo 35*.

Esto es, y por centrarnos en el caso que ahora nos ocupa, mientras el recurrente permaneció en promoción interna temporal, generó derecho a la percepción de los **trienios** correspondientes a su grupo de origen (Celador), que fueron, efectivamente, las cuantías que le fueron abonadas y una vez que adquirió fijeza en la categoría de ATS/DUE, a partir del día 1 de febrero de 2006, comenzó a generar de los **trienios** en dicha categoría.

Es de reseñar, con referencia a la cita del *Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre*, por el que se dictan Normas de Aplicación de la *Ley 70/1978, de 26 de diciembre*, de reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública al Personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, relativo a los requisitos formales y procedimiento para la solicitud y tramitación de dicho reconocimiento, que, de conformidad con el *artículo 1*, se refiere a los servicios anteriores al nombramiento del interesado en propiedad, sin que, en el caso concreto, haya existido infracción de sus previsiones toda vez que dichos servicios fueron computados para percibir la antigüedad en la categoría de Celador, siendo la circunstancia de ser fijo en dicha categoría la que le permitió acceder a la promoción temporal de la que queda excluido el personal que no es propietario.

Como bien apunta la Administración sanitaria, la pretensión actora se resuelve en hacer valer la misma condición de fijeza, para percibir **trienios** por los servicios prestados por tal carácter cada tres años y que esos mismos servicios sean revalorizados desde que adquirió la propiedad en otra categoría, lo que

como hemos visto resulta inviable por imperativo legal.

Como parte de la argumental, el recurrente alude a la Orden de de 16 de abril de 2008 por la que se regula el procedimiento de reconocimiento de **trienios** al personal estatutario temporal del Servicio Gallego de Salud, cuya exposición de motivos justifica su aprobación y vigencia cuando señala, que la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, en su artículo 25* en relación con el *artículo 23*, configura los **trienios** como parte integrante de las retribuciones básicas de los funcionarios interinos, estableciendo además en su párrafo segundo que se reconocerán los **trienios** correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del estatuto.

Respecto a la aplicación de este precepto al personal estatutario, ha de tenerse en cuenta lo señalado en su *artículo 2.3º, en cuanto al ámbito de aplicación del nuevo Estatuto básico*, e interpretar de acuerdo con él, la configuración que se hace de las retribuciones básicas, fijadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, frente a las retribuciones complementarias, cuya configuración se remite a las leyes de la Administración correspondiente.

Por otro lado, el concepto de funcionario interino que recoge el Estatuto básico se configura en contraposición al funcionario de carrera, en virtud de la naturaleza temporal o no de su nombramiento. Así, el *artículo 10 del Estatuto básico* señala que los funcionarios interinos son aquellos que son nombrados, con carácter temporal, para la cobertura de plazas vacantes en tanto no lo sean por funcionarios de carrera, para la sustitución de titulares y para la ejecución de programas temporales o para acometer el exceso o acumulación de tareas. En este mismo sentido, este concepto de funcionario interino coincide con los supuestos previstos en el ámbito estatutario para la figura del personal estatutario temporal, regulada en el *artículo 9 del citado estatuto marco*, y que abarca los nombramientos de interinidad por vacante, de carácter eventual y los de sustitución, reflejando de este modo su contraposición a la figura del personal estatutario fijo.

Dado lo anterior, resulta preciso regular el procedimiento para el reconocimiento de los **trienios** correspondientes al personal estatutario temporal del Servicio Gallego de Salud, teniendo en cuenta, como señala el citado *artículo 25.2º*, que este reconocimiento únicamente tendrá efectos retributivos a partir de la entrada en vigor del *Estatuto básico, especificando el artículo 4* de la citada Orden que los **trienios** reconocidos al personal estatutario temporal, de acuerdo con lo señalado en el *artículo 3*, tendrán efectos retributivos, en su caso, a partir de su perfeccionamiento y que los **trienios** perfeccionados como consecuencia del reconocimiento de servicios previos prestados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto básico del empleado público tendrán efectos retributivos únicamente desde la fecha de su entrada en vigor el día 13 de mayo de 2007.

Pues bien, el recurrente considera que la decisión administrativa contradice las previsiones de la citada orden para lo que razona que, si según ésta, el personal que haya prestado servicios eventuales en cualquier administración pública, cualquiera sea la categoría profesional, consolidará **trienios** en la que categoría a la que accede en propiedad, con independencia de que nunca haya trabajado en la misma.

Conviene aclarar la confusión en que incurre el actor toda vez que la promoción interna temporal abre al personal estatutario fijo, la posibilidad del desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente, pero el ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna, de donde podemos concluir que lo contemplado en la Orden de 16 de abril de 2008 y el *artículo 35 de la Ley 55/2003*, contemplan supuestos bien distintos no susceptibles de comparación.

Reiteradamente mantiene el Tribunal Constitucional que la igualdad lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley, sin olvidar que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982 [RTC 19823], 51/1985 [RTC 19851], 151/1986 [RTC 198651 ], etc.), no toda desigualdad de trato en la *ley o en su aplicación supone una infracción del artículo 14* de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia de trato injustificada, es decir, entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en segundo lugar caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable (SSTC 253/1988 [RTC 198853], 261/1988 [RTC 198861], 90/1989 [RTC 19890], 68/1990 [RTC 19908 ]).

De lo dicho se colige, que no es aceptable una invocación genérica del principio de igualdad sino que

quien alegue la violación de tal derecho deberá aportar el término de comparación, que en consecuencia tiene naturaleza de simple hecho, en relación al que se ha producido tal violación, lo que no es más que una aplicación del principio onus probandi.

Y así dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 261/88, de 22 de diciembre que "es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que para que una pretensión fundada en la supuesta discriminación causada al recurrente por infracción de lo dispuesto en el *artículo 14 CE* pueda prosperar, es preciso que quien la deduzca aporte el término de comparación suficiente y adecuado que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable".

Pues bien, el recurrente no sólo incumple la doctrina expuesta sino que confunde el concepto que perfila el precitado derecho según el propio Tribunal Constitucional en atención a lo antes razonado.

Por lo expuesto procede la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO.- De conformidad con lo prevenido en el *artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, procede acordar la imposición de costas a la recurrente habida cuenta la total desestimación del recurso articulado y sin que la Sala aprecie circunstancias que justifiquen la no imposición.

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

## **FALLAMOS:**

Que con desestimación del Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia número 22/2008, de 31 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Vigo en autos de Procedimiento Abreviado número 208/2008 debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma; con expresa imposición de costas a la recurrente.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup> MARIA DOLORES GALINDO GIL al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintiuno de julio de dos mil nueve.