

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 153/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE COMISIONES OBRERAS (FSAP-CC.OO.), representada por la Procuradora doña María Jesús Ruiz Esteban, frente al Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo [por el que se modifican el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo , y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo].

Habiendo sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE COMISIONES OBRERAS (FSAP- CC.OO.) se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 255/2006 a que antes se ha hecho referencia, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó con este SUPPLICO:

"que tenga por presentado este escrito y devuelto el expediente administrativo, así como por formalizada la demanda en el presente recurso y, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se declare la nulidad de los artículos 1º y 2º de la Resolución impugnada, con las consecuencias inherentes a tal declaración".

SEGUNDO.- El señor Abogado del Estado, en la representación que le es propia, se opuso a la demanda pidiendo la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Hubo recibimiento a prueba del recurso y posteriormente se confirió traslado a las partes para que presentaran sus escritos de conclusiones.

Verificado el trámite anterior, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 10 de diciembre de 2008 .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE COMISIONES OBRERAS (FSAP-CC.OO.), se dirige contra el al Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo [por el que se modifican el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción

Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo , y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo].

Aunque el suplico de la demanda reclama que se declare la nulidad de los artículos 1º y 2º de ese RD 255/2006 sin ningún tipo de salvedad o limitación, lo cierto es que su planteamiento argumental está limitado únicamente a la nueva redacción que esta norma reglamentaria ha dado a estos dos preceptos:

- el artículo 15, apartados 1 y 3, del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado , aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo ; y

- el artículo 44, apartados 1.c) y 2, del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo .

Por tanto, la impugnación jurisdiccional que en este proceso se realiza ha de entenderse circunscrita a esos dos únicos preceptos y, consiguientemente, también el examen de esta Sala ha de quedar ceñido a ellos.

SEGUNDO.- Tras la puntualización anterior, resulta conveniente comenzar, como se hace seguidamente, con la transcripción de esos preceptos que son objeto de controversia.

Los nuevos párrafos 1 y 3 del artículo 15 del Reglamento de Situaciones dicen así:

Artículo 15 . Excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público.

1. Procederá declarar, de oficio o a instancia de parte, en la situación regulada en este artículo a los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubieran obtenido la oportuna compatibilidad, y a los que pasen a prestar servicios como personal laboral fijo en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en las situaciones de servicio activo o servicios especiales. El desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esta situación administrativa.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, deben considerarse incluidas en el sector público aquellas empresas controladas por las Administraciones públicas por cualquiera de los medios previstos en la legislación mercantil, y en las que la participación directa o indirecta de las citadas Administraciones públicas sea igual o superior al porcentaje legalmente establecido.

3. Los funcionarios podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. Una vez producido el cese como funcionario de carrera o personal laboral fijo deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular".

Por su parte, los nuevos apartados 1.c) y 2 del artículo 44 del Reglamento de Ingreso y Provisión tienen este contenido:

"Artículo 44 .

1 c). La valoración del trabajo desarrollado deberá cuantificarse según la naturaleza de los puestos convocados conforme se determine en la convocatoria, teniendo en cuenta el tiempo de permanencia en puestos de trabajo de cada nivel y, alternativa o simultáneamente, en atención a la experiencia en el desempeño de puestos pertenecientes al área funcional o sectorial a que corresponde el convocado y la similitud entre el contenido técnico y especialización de los puestos ocupados por los candidatos con los ofrecidos, pudiendo valorarse también las aptitudes y rendimientos apreciados a los candidatos en los puestos anteriormente desempeñados.

2. Las bases de cada convocatoria establecerán una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad para los siguientes supuestos:

a) El destino previo del cónyuge funcionario, obtenido mediante convocatoria pública, en el municipio donde radique el puesto o puestos de trabajo solicitados, siempre que se acceda desde municipio distinto.

b) El cuidado de hijos, tanto cuando lo sean por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, hasta que el hijo cumpla doce años, siempre que se acredite por los interesados fehacientemente que el puesto que se solicita permite una mejor atención del menor.

c) El cuidado de un familiar, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad siempre que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, siempre que se acceda desde un municipio distinto, y siempre que se acredite fehacientemente por los interesados que el puesto que se solicita permite una mejor atención del familiar. La valoración de este supuesto será incompatible con la otorgada por el cuidado de hijos".

TERCERO.- La impugnación de los párrafos 1 y 3 del artículo 15 del Reglamento de Situaciones dirige estos tres reproches a su nueva redacción: que con ella han sido vulnerados tanto los principios de reserva de ley y jerarquía normativa, garantizados en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución (CE) y 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJ/PAC), como el derecho fundamental de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE .

Para intentar sostener esos reproches se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y este Tribunal Supremo (TS) sobre el carácter de norma secundaria, subordinada a la Ley, que corresponde al Reglamento, y sobre el alcance que tiene la función colaboradora que este puede desarrollar en relación con la regulación legal; alcance que consiste -así se recuerda- en explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas o en aclarar preceptos de la ley que no sean precisos, y paralelamente descarta incluir nuevos mandatos respecto de la ley, establecer excepciones al régimen legal sin habilitación normativa específica para ello o definir los derechos subjetivos y los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de esos derechos.

Tomando como punto de partida ese criterio jurisprudencial, se hace esta afirmación:

"Precisamente todo lo aquí expuesto lo incumple el RD 255/2006 cuando establece un nuevo requisito y unas nuevas condiciones para poder optar a una excedencia por servicios en el sector público por parte de los trabajadores de la administración, y es que limita un derecho existente desde hace largo tiempo, sin ningún tipo de habilitación legal para ello".

Se argumenta a continuación que los artículos 29.3.a) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública(LMRFP), y el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, reconocen la excedencia voluntaria por prestación en el sector público o incompatibilidad a los empleados públicos, laborales o funcionarios, que obtengan un segundo puesto de trabajo, sin exigir en ningún momento que el vínculo tenga que ser permanente.

Más adelante, se recuerdan los casos de nulidad de las disposiciones administrativas regulados en el artículo 62 de la Ley 30/1992 (LRJ/PAC) y se sienta esta conclusión:

"El reglamento (Real Decreto 255/2006) se ha excedido y ha pasado o bien a regular materias reservadas a la ley o a contradecir lo establecido en toda la normativa anteriormente citada, que va desde nuestra Constitución a diferentes leyes que regulan la función pública de la Administración española".

La vulneración del derecho a la igualdad intenta defenderse con el alegato de que se está otorgando un trato distinto y discriminatorio a los funcionarios interinos y al personal laboral temporal en relación a los funcionarios de carrera y a los laborales fijos; y que así ha de ser considerado porque los primeros también acceden conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, independientemente de la duración temporal de sus nombramientos, y porque no hay justificación razonable para privarles de esa excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público.

CUARTO.- Lo que se argumenta para combatir los nuevos apartados 1.c) y 2 del artículo 44 del Reglamento de Ingreso y Provisión, expuesto en su esencia, se puede resumir en estas ideas que siguen.

Que se configura como un mérito lo que conceptualmente es algo distinto, esto es, una situación o circunstancia de necesidad que no tiene nada que ver con la cualificación o dedicación profesional.

Que la conciliación de la vida familiar derivada de esas situaciones de necesidad necesita algo más que la obtención de puntos porque, de quedar constatadas, ha de procurarse una solución de conciliación de vida familiar que sea real y efectiva y no una mera expectativa (se invoca a este respecto lo establecido en el artículo 9.2 CE).

Y que la regulación de estas situaciones no debe hacerse con un tímido intento dentro de una reforma reglamentaria sino con un estudio y enfrentamiento directo al problema.

Con ese sustento argumental se sostiene que también con estos nuevos apartados han sido vulnerados los principios de reserva de ley y jerarquía normativa.

Lo que más particularmente se viene a sostener es que configurar esas situaciones de necesidad como un mérito en los procesos de cobertura de puestos de trabajo, sin que merezcan esa consideración por no estar relacionadas con la situación laboral del empleado público, es contrario a lo que establece el artículo 19 de la Ley 30/1984 (LMRFP).

QUINTO.- Frente a lo que se sostiene en el recurso, no hay razones para apreciar que la nueva redacción de los párrafos 1 y 3 del artículo 15 del Reglamento de Situaciones haya incurrido en esas vulneraciones que se le imputan de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa.

El aquí combatido Real Decreto 255/2006 , a través de esa nueva redacción, lo que ha venido a hacer, cumpliendo con esa función de colaboración con la regulación legalmente establecida, es clarificar el supuesto de hecho en el que resulta procedente otorgar la excedencia voluntaria por pasar a prestar servicios en el sector público regulada en el artículo 29.3 .a); y la clarificación ha consistido en determinar que esa situación no procede para los funcionarios interinos ni para el personal laboral temporal.

Esa nueva redacción se ha movido, respetándolos, dentro del marco de elementos contenidos en la regulación legal, y se ha limitado a hacer más explícitos los límites que configuran el supuesto de hecho en que la situación administrativa de que se viene hablando, para disipar así

las posibles dudas que pudieran suscitarse en relación con los funcionarios interinos o el personal laboral temporal; sin que haya reducido, como parece sostenerse, el ámbito de aplicación de esa regulación legal, y sin que tampoco la clarificación efectuada sea contradictoria con dicha regulación legal.

Y las razones que llevan a esta conclusión son estas: (1) el artículo 29.3.a) del la LMRFP habla inequívocamente situación de servicio activo cuando define el supuesto que puede generar la específica excedencia que aquí se está considerando; (2) esa situación de servicio activo legalmente sólo es predicable de los funcionarios de carrera y no de los funcionarios interinos, pues así resulta de la regulación que de la misma contiene el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (la regulan sus artículos 40 y 41, del Capítulo IV de su Título III, dedicado precisamente a los Funcionarios de Carrera).

Tampoco es de compartir la vulneración del principio de igualdad que intenta derivarse de este dato: que en relación a la excedencia voluntaria por servicios prestados en el sector público, se establezcan diferencias según se trate de servicios como funcionarios de carrera y personal laboral fijo o del desempeño de puestos como funcionario interino o personal laboral temporal. El Abogado del Estado ha explicado de manera convincente que hay hechos y razones que explican esa diferencia y descartan que pueda ser considerada injustificada y por ello arbitraria y contraria al artículo 14 CE . Los hechos son los numerosos casos en que el acceso a un Cuerpo o Escala funcional se produce desde la situación de interino o personal laboral, más frecuentes que aquellos otros en que ese acceso lo realiza quien es ya funcionario de carrera de otro cuerpo; y la finalidad pretendida es evitar que queden enseguida vacantes un elevado número de puestos en las convocatorias de acceso y se produzcan las disfunciones en la Administración y los perjuicios para los intereses generales que este fenómeno conlleva.

SEXTO.- La impugnación planteada en relación a los nuevos apartados 1.c) y 2 del artículo 44 del Reglamento de Ingreso y Provisión tampoco merece ser estimada.

Ese apartado 2, que es el directamente combatido, lo que viene a establecer es un límite para la puntuación que se podrá otorgar, en los concursos para la provisión de puestos de trabajo (ya que ese artículo 44 forma parte del Título III del Reglamento), a cada uno de los supuestos que enumera; es decir, cuantifica la ventaja que es reconocida a efectos de esa provisión como medida de conciliación de la vida familiar, personal y profesional.

Y con ese alcance y significación los reproches que le dirige la demanda no pueden ser compartidos por lo siguiente:

1.- Esa conciliación de la vida familiar, personal y profesional es una meta inserta en el principio de igualdad del artículo 14 CE y, más concretamente, en el propósito de erradicar las discriminaciones por razón de sexo representadas por los tradicionales obstáculos que ha tenido la mujer para el acceso a la vida profesional y la función pública.

Además, es un propósito que, en aras de lograr el mandato constitucional de igualdad, persigue remover con energía y eficacia esos obstáculos en los términos que señala el artículo 9.2 CE .

Y es también coherente con la protección social, económica y jurídica a la familia impuesta a los poderes públicos por el artículo 39.1 CE como uno de los principios rectores de la política social y económica.

2.- Por tanto, la naturaleza de la medida no puede considerarse contraria al ordenamiento jurídico ni que carezca de apoyo en una norma con rango legal, y buena prueba de ello es que la medida aparece en el artículo 14. J) de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público que, a estos efectos, no hace sino reiterar lo que son mandatos constitucionales.

3.- La medida tampoco es contraria a los principios de mérito y capacidad, porque no opera en el acceso en la función pública sino en la provisión de puestos de trabajo; o dicho de otra forma, solo puede beneficiarse de ella quien ya demostró suficiente mente su mérito y capacidad en el procedimiento selectivo que superó para ingresar en la función pública.

4.- Por otra parte, lo que hace el precepto aquí cuestionado, como ya se ha dicho, es fijar un límite para la cuantificación que se aplique a esta medida, por lo que será la concreta convocatoria que realice esa cuantificación la que en su caso podrá ser combatida si se considera que incurre en arbitrariedad o en otra clase de infracciones.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con lo antes razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE COMISIONES OBRERAS (FSAP-CC.OO.) frente al Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo , al ser el mismo conforme a Derecho en lo que ha sido discutido en el actual proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:23/12/2008

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don José Díaz Delgado en la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2008, dictada en el recurso de casación número 153/2006

Discrepo con todo respeto del voto mayoritario por los siguientes motivos:

Primero.- El presente voto particular se limita exclusivamente a lo que se mantiene en la sentencia en el fundamento jurídico sexto, relativo a la vulneración del principio de reserva de ley, por parte de los apartados 1.c) y 2 del artículo 44 del Reglamento de Ingreso y Provisión, y que se transcriben en el fundamento jurídico segundo de esta resolución.

En efecto, en estos preceptos se innova la forma en que han de realizarse en los procedimientos concursales la valoración de los puestos de trabajo, y especialmente en el apartado 2 del artículo antes citado se reinstaura el antiguo derecho de consorte, y se introducen los criterios de cuidado de los hijos o de un familiar en determinadas circunstancias hasta un segundo grado, disponiendo que las bases de cada convocatoria establecerán una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en la mismas para la antigüedad.

Segundo.- La sentencia sostiene que lo único que hacen estos preceptos es fijar un límite para la cuantificación que se aplique por estos conceptos, por lo que será la concreta convocatoria que realice esa cuantificación la que en su caso podrá ser combatida si se considera que incurre en arbitrariedad u otra clase de infracciones. Sin embargo, es evidente que es este reglamento el que habilita a las convocatorias futuras que no serán sino acto de aplicación de éste, por lo que

no vemos ningún inconveniente a que el mismo pueda ser impugnado directamente, como así ha sido.

Tercero.- Sostiene la sentencia que los preceptos impugnados no afectan a los principios de mérito y capacidad, porque no operan en el acceso a la función pública. Es conocida la interpretación por este Tribunal y por el Constitucional que ampara la aplicación del artículo 23 de la Constitución a la relación de representación política y funcionarial durante su vigencia, y no solo en el momento del acceso al cargo o función pública, pero en cualquier caso, aunque no pudiera aplicarse este precepto, el artículo 19 de la Ley 30/1984 , vigente en el momento de aprobación del Real Decreto ahora impugnado, dispone en su apartado 1 que las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Por otra parte, aun cuando la capacidad se presupone con el ingreso, el mérito de cada funcionario es, por naturaleza, distinto, y ha de hacerse valer, no solo en el ingreso, sino a lo largo de la relación funcionarial.

Cuarto.- Se justifica la conformidad al ordenamiento jurídico de los preceptos antes citados en que tienen como finalidad erradicar discriminaciones por razón de sexo. Sin embargo, el derecho de consorte no se limita a los teóricamente discriminados, sino a todos los funcionarios, sea cual fuere el sexo. Igualmente se alega, aparte del artículo 14 , el artículo 9.2 , y el artículo 39.1 de la Constitución relativo este a la protección de la familia. Sin embargo, sin negar que estos valores, con encaje constitucional, podrían quizá justificar una desviación del principio de mérito, y comparto el criterio del sindicato recurrente de que estas circunstancias que se impugnan no son méritos funcionariales, aun cuando puedan merecer apoyo, lo decisivo no es si la introducción de estos criterios de valoración son conformes o no con la Constitución, sino si respetan el principio de legalidad.

El artículo 103.3 de la Constitución española dispone que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos". Pues bien, que el sistema de provisión de puestos de trabajo forma parte del estatuto de los funcionarios públicos, queda patente en el artículo 19.1 de la ley 30/1984 , antes citado, y al mismo tiempo en el artículo 14,j) de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público. Es decir, cuando el legislador ha regulado el Estatuto de los funcionarios públicos ha incluido expresamente el sistema de provisión de puestos de trabajo, y aunque esta última norma, pueda de alguna forma apoyar las que ahora se impugnan, desde un punto de vista sustantivo, es evidente que no existía en el momento en que se dicta el Real Decreto impugnado, por lo que a mi juicio se vulnera el principio de reserva de ley, y la sentencia debió ser estimatoria en este punto.

José Díaz Delgado.